

Este documento está publicado en:

Parejo Alfonso, L. (1983). Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general. *Revista de Administración Pública*, 100-102, pp. 2379-2422.

Texto disponible en:

<https://doi.org/10.18042/cepc/rap>

*Con licencia de reutilización
ver: <http://www.cepc.gob.es/cepc/aviso-legal>*

DOMINIO PÚBLICO: UN ENSAYO DE RECONSTRUCCIÓN DE SU TEORÍA GENERAL

POR

LUCIANO PAREJO ALFONSO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS ELEMENTOS HISTÓRICOS DEL DOMINIO PÚBLICO; SU DEPURACIÓN. 1. *El Derecho romano*. A) Clasificación y régimen de las cosas. B) El régimen del territorio (*ager publicus*) perteneciente al pueblo romano. C) El régimen de los bienes del *princeps*. 2. *Desde la Edad Media a la Revolución francesa y la codificación*. 3. *De la Ley francesa de 1790 a nuestro Código civil*.—III. EL CONCEPTO Y LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DOMINIO PÚBLICO; UN ENSAYO DE RECONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DE SU TEORÍA GENERAL. a) *Creación de la cosa pública*. b) *Existencia de la cosa pública*. c) *Utilización de la cosa pública*.—IV. LA AFECTACIÓN COMO PIEZA CLAVE DEL DOMINIO PÚBLICO.

I. INTRODUCCIÓN

La situación actual del que podríamos llamar Derecho de cosas o, por mejor decir, de la teoría de los derechos reales en Derecho administrativo es más que deficiente:

a) Descansa en la distinción básica entre dominio público y bienes patrimoniales de la Administración pública; distinción que —si bien en principio alusiva a una diferencia radical de régimen y destinada, por tanto, a excluir toda peculiaridad jurídico-pública en la segunda categoría— se resiente en sus mismos fundamentos, dada la exorbitancia del régimen propio de los bienes patrimoniales respecto de los sujetos sin más al Derecho privado como pertenecientes a los simples ciudadanos o particulares y la existencia de bienes difícilmente encuadrables por entero en una u otra de dichas categorías (ejemplo: montes públicos, bienes comunales).

b) Circumscribe tradicionalmente el objeto del dominio público al derecho real prototípico y pleno: la propiedad (dicho dominio expresa el supuesto de la titularidad por una Administración de determinadas cosas en términos idénticos, sólo que exorbitantes, a la propia de un propietario privado), por más que en otros Derechos sea normal y en el nuestro comience a abrirse paso (en este sentido, re-

cientemente, L. M.^a Díez Picazo [1]) la admisión de la comprensión en el dominio público igualmente de otros derechos, desde luego los derechos reales de carácter limitado.

c) Revela el fracaso de los intentos de construcción de una teoría general del dominio público (como categoría específica del Derecho Administrativo), toda vez que esa teoría general se circunscribe a:

— La determinación del ámbito y contenido del dominio público, es decir, de los bienes que lo integran; determinación nada pacífica y sí discutida, siendo segura sólo en lo atendida estrictamente al Derecho positivo.

— El diseño de un régimen general de administración, utilización y protección de los bienes; diseño hecho, sin embargo, desde y con el reconocimiento de su quiebra por la diversidad de los regímenes positivos según los distintos bienes demaniales.

Siendo la teorización del dominio público reciente (arranca del siglo pasado, no habiéndose introducido desde entonces grandes novedades en los planteamientos básicos), aparece, no obstante, poderosamente lastrada por elementos de arrastre histórico, pues el régimen jurídico peculiar de los bienes que lo integran se remonta nada menos que al Derecho romano, y el origen del término mismo es medieval. Esta circunstancia contribuye decisivamente a la situación antes descrita, en tanto que puede decirse con carácter general que el debate doctrinal en torno a la dogmatización de la categoría de dominio público continúa moviéndose en un plano teórico-historicista, que hace abstracción de las profundas mutaciones experimentadas por el Estado y su acción; mutaciones que han provocado una notable alteración del sentido y la funcionalidad de los bienes públicos: no se trata ya tanto —como ocurría en el siglo XIX y principios del actual— de un conjunto constitutivo del sustrato físico de usos colectivos sobre el que el Estado despliega una función de mera policía para salvaguardar su destino; cuanto del resultado de la acción positiva de conformación social a la que dicho Estado está obligado; resultado, además, dinámicamente vinculado a y dependiente de esa acción.

(1) L. M.^a Díez-Picazo: *Breves reflexiones sobre el objeto del demanio: los iura in re aliena*, «REDA», núm. 35, pp. 651 y ss.

A todo lo dicho se suma en nuestro Derecho la escasa atención dedicada por la doctrina a la categoría (siguen siendo hoy válidas sustancialmente las observaciones de M. BALLBÉ [2] sobre la escasez de estudios en la materia) y, sobre ello, la falta de originalidad de la misma (pues se atiene normalmente a las elaboraciones foráneas, con la notable excepción del esuerzo de VILLAR PALASÍ (3).

Junto al indudable hecho de la problematicidad inducida por factores históricos (que obliga a partir, en todo intento de construcción sistemática del dominio público, de la indagación histórica), parece claro que la causa última de este desalentador panorama de la teoría general del dominio público (la escasez tanto de su fiabilidad como de su utilidad, el carácter discutible de sus bases y contenidos) cabe reconducirla al punto de partida, a la premisa tradicional en este terreno: el dominio público comprende, se refiere y tiene por objeto precisamente el sector de la realidad que en Derecho privado se categoriza bajo la denominación de cosas o bienes. Toda la teorización jurídico-pública queda así condicionada por las categorías jurídico-privadas correspondientes, y limitada desde el principio por la perspectiva propia de las cosas, es decir, de los objetos de los derechos reales (4).

De esta forma, la construcción del dominio público queda enmarcada en la polémica de la división del Derecho en público y privado, ostentando los bienes públicos para la doctrina mayoritaria y tradicional una posición en todo caso ambigua (ubicados bien en una zona intermedia, bien en parte en uno y en parte en otro de dichos Derechos). Los excepcionales intentos —como el de FRIEDRICHS (5)— verificados para aislar un único Derecho de cosas, sobre la base de la formalización de una categoría general de las cosas o bienes, han con-

(2) M. BALLBÉ, voz *dominio público*, nueva *Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Seix, 1955, vol. VII, pp. 788-792.

(3) J. L. VILLAR PALASÍ: *Apuntes de Derecho Administrativo*, tomo X de *dominio público*. Ed. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1966-67.

(4) No es casual, por ello, que la más actual exposición general en nuestro Derecho de la teoría del dominio público se haya producido precisamente en el marco de un comentario sistemático del Código civil. Se trata del comentario de F. GARRIDO FALLA a los artículos 338 a 345 de dicho Código, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Ed. EDERSA, tomo V, vol. I, Madrid, 1980.

(5) FRIEDRICHS: *Bürgerliches und öffentliches Sachenrecht*, «Archiv des öffentlichen Rechts», núm. 40, citado por T. MAUNZ, *Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts. Eine Studie zur Methodik und Dogmatik des Deutschen Verwaltungsrechts*, Ed. J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier), München, Berlin y Leipzig, 1933, p. 57.

cluido en el fracaso, precisamente por la utilización del concepto jurídico-privado de cosa, construido básicamente a partir del mundo sensible o real (cosa en sentido jurídico como equivalente a lo corporal o perteneciente al mundo sensible, siendo en todo caso apropiable o utilizable por el hombre). Pues, de un lado, ni siquiera en Derecho privado se mantiene ya la identificación entre cosa en sentido jurídico y cosa en sentido material o natural y, de otro, el Derecho de cosas no puede decirse que pertenezca a las instituciones comunes al Derecho público y privado, a la teoría general del Derecho, porque —sin perjuicio de la relatividad de la *summa divissio* razonada por DE CASTRO (6)— la diferencia entre uno y otro Derecho tiene siempre una naturaleza sustantiva, comprendiendo la parte general del Derecho exclusivamente las figuras formales del pensamiento propio de la ciencia jurídica (norma, acto, sujeto de derecho, obligación, contrato, etc.); figuras de las que no forman parte las cosas, en tanto que la diferenciación entre derechos reales y de crédito o de familia sólo es posible a partir del análisis de los elementos o componentes sustantivos de los mismos. No existe, pues, una categoría de «cosa» válida para todo el Derecho. Y el Derecho público, como es obvio, no está necesariamente vinculado a los conceptos y las categorías jurídico-privadas equivalentes o de idéntica denominación formal, pudiendo atribuirles diferente contenido.

Por esta razón, las principales direcciones doctrinales en esta materia —tal como advierte T. MAUNZ (7)— se han movido entre la aplicación analógica al Derecho administrativo del Derecho privado de cosas, la utilización sin más del concepto jurídico-privado de cosa como elemento de la teoría administrativa del dominio público y la afirmación de un señorío o poder jurídico-público específico (distinto del otorgado por los derechos reales jurídico-privados) sobre las cosas.

Dicho todo lo anterior, resulta diáfano que la posibilidad misma de una teoría general del dominio público como propia del Derecho administrativo tiene como presupuesto mismo la superación de su condicionamiento por las categorías jurídico-privadas nominalmente correlativas. Es decir, y como ha notado T. MAUNZ (8), depende de la

(6) F. DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil de España. Parte General*. Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, tomo I, pp. 98 y ss. Para este autor el Derecho es único, pero no uniforme, diversificándose en razón a las distintas realidades en que debe realizarse, requirientes de normas adecuadas y presididas por principios que expresen esa especialidad.

(7) T. MAUNZ, *op. cit.*, p. 57.

(8) T. MAUNZ, *op. cit.*, p. 45.

construcción de la categoría de cosa pública, como específica del Derecho administrativo; cosa pública, además, según una nueva concepción, que abandone su consideración como cosa en sentido jurídico-civil, sólo que sometida a una suerte de dominio jurídico-público (que ha llevado a la teoría del dominio público al callejón sin salida en que se encuentra). En esta línea, el mismo autor advierte que el Derecho civil suministra de principio —en su propia dificultad para la articulación de un sistema teórico de derechos reales— una experiencia valiosa: la característica típica de un Derecho de cosas no reside en la cualidad de los derechos o poderes jurídicos sobre los bienes (derechos que, desde el punto de vista de su estructura jurídica formal, no son diferenciables de los de crédito o de otra naturaleza), sino más bien en el objeto mismo de sus normas (el hecho crucial de estar referidas a cosas).

II. LOS ELEMENTOS HISTÓRICOS DEL DOMINIO PÚBLICO; SU DEPURACIÓN

Como antes advertimos, toda reconsideración del dominio público ha de tener en cuenta y, al propio tiempo, clarificar los componentes de arrastre histórico que aún continúan perturbando la categoría.

1. *El Derecho romano*

Punto de partida obligado es el Derecho romano, toda vez que el régimen jurídico peculiar del dominio público sigue siendo tributario del mismo. Lo cierto es, sin embargo, que en la posterior evolución histórica de la figura han sido tres y no una (el régimen jurídico exorbitante o peculiar de los bienes) las instituciones romanas influyentes en la misma. Precisamente esta circunstancia —por intermedio de la confusión introducida en la etapa medieval— ha contribuido decisivamente a la complejidad y falta de claridad que padece el dominio público.

A) *Clasificación y régimen de las cosas*

Sin duda es esta la institución que mayor influencia ha ejercido sobre el Derecho actual. El problema de esta influencia radica en que tanto la clasificación como el régimen de las cosas en el Derecho romano nos son conocidos imperfectamente, pues las fuentes no son claras, han sido objeto de interpolaciones y traen causa de épocas distintas, por lo que existen entre los textos incongruencias y con-

tradicciones (9). En todo caso, parece claro —en este sentido E. CORTESE (10)— que el concepto de dominio público no fue conocido para el Derecho romano, siendo fruto de una elaboración posterior medieval.

Tras la clasificación clásica de GAYO de las cosas en *res divini iuris* (subdivididas, a su vez, en *res religiosae* y *res sanctae*) y *res humani iuris* (en las que distinguía las *res publicae* y las *res privatae*), en el siglo III MARCIANO introduce otra distinta, independiente de la anterior, que divide las cosas en *res communes*, *res universitatis*, *res nullius* y *res singulorum* (de entre ellas, la categoría más importante —las *res communes*, que van a estar en el origen del demanio natural— trae causa de la corriente iusnaturalista romana, son cosas vinculadas *ex iure gentium*, que por naturaleza están fuera del tráfico jurídico y en el uso común, si bien aparecen cercanas a las *res nullius*, porque —en realidad— eran apropiables, como demuestra el supuesto de la edificación en las playas). Con estas clasificaciones conviven las dos siguientes: la que distingue entre *res extra patrimonium* (comprensivas de las *res divini iuris*, *res nullius* y *res derelictae*) y *res intra patrimonium* (el resto) y la que hace lo propio entre *res quorum commercium non est* (comprensivas de las *res divini iuris* y las *res publicae* [subvariedad de las *res humani iuris*]) y las *intra commercium*.

Son, pues, las *res humani iuris* las que a nuestro propósito interesan, es decir, las cosas que normalmente pueden ser y son propiedad de cualquiera (*alicuius in bonis*).

Dos categorías básicas se diferencian en este tipo de cosas, las *res privatae* (*quae singulorum hominum sunt*) y las *res publicae* (las que *nullius videntur in bonis esse, ipsius enim universitatis esse creduntur*). Se debe, finalmente, a CELSO la extensión de esta última categoría (cuya relación con la de las *res communes* no queda clara) a todas las *quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur, res quae publico usui destinatae sunt*.

Sin entrar en mayores datos de erudición, lo que importa resaltar es que en Derecho romano se da:

(9) Sobre las dificultades para la interpretación de los textos romanos, véase W. G. VEGTING: *Domaine public et res extra commercium. Etude historique du droit romain, français et néerlandais*, Ed. N. Samsom n.v. y Recueil Sirey, Países Bajos y París, pp. 3 y ss.

(10) E. CORTESE, voz *demanio*, *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, volumen XII, pp. 70-110.

a) Una distinción entre cosas privadas o en el tráfico jurídico-privado y cosas públicas o fuera de ese tráfico; distinción que alude a un diferente régimen jurídico, siendo el de las *res publicae* exorbitante y dirigido a la protección de las mismas e incluyendo las reglas de la inalienabilidad e imprescriptibilidad. Este régimen es, en las *res publicae* de uso público, el elemento más importante y caracterizador (11).

b) El régimen jurídico-público privilegiado (básicamente: la extracción de las cosas del mundo jurídico ordinario) trae causa de un acto solemne o formal (*dicatio, publicatio*), que patentiza la dedicación de la cosa a un destino, a cuyo servicio está aquel régimen. La afectación es conocida ciertamente por el Derecho romano. Como señala M. MONTEIL (12), los censores tenían atribuido el *ius publicandi*, es decir, la potestad de vincular al uso público los bienes, cuando dicho uso no estuviera determinado ya por la naturaleza de las cosas, la costumbre o la ley.

c) Ese régimen jurídico exorbitante tiene como finalidad el aseguramiento de la satisfacción del destino al que se vincula la cosa.

Si bien estos aspectos parecen desde luego claros, no lo son —por contra— el régimen jurídico mismo de los bienes públicos y el ámbito de las cosas públicas o comunes (por existencia de doctrinas contrapuestas y la evolución misma de la categoría en el Derecho romano), especialmente por lo que hace a si sobre las cosas públicas recaía o no un derecho de propiedad del que hoy llamaríamos Estado. Este último dio lugar a una famosa controversia doctrinal en el siglo XIX entre VON JHERING y DERNBURG con motivo de las fortificaciones de la villa de Bale (Suiza). W. G. VEGTING (13) ha demostrado, sin embargo, que:

1. Las *res publicae in uso publico* podrían calificarse —desde la perspectiva actual— como de propiedad del Estado, en tanto que éste ejercía sobre ellas (con excepción de las *res communes omnium*) un poder jurídico análogo al que ostentaba sobre las restantes cosas.

(11) Véase, sobre el régimen privilegiado y de protección de las *res publicae*, M. MONTEIL: *De la domanialité publique Etude historique et juridique*, Ed. Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, Paris, 1902, pp. 53 y siguientes.

(12) M. MONTEIL, *op. cit.*, p. 28.

(13) W. G. VEGTING, *op. cit.*, pp. 175 y ss.

Aunque las fuentes evitan pronunciarse sobre la situación jurídica concreta de las *res communes* más características (el mar, las playas, las riberas), parece que su régimen era muy similar al propio de las *res publicae in uso publico*.

2. El hecho de que estas últimas cosas aparecieran incluidas entre las *res quorum commercium non est* no guarda relación con fin alguno de restricción de las facultades de disposición o con la garantía de su destino. Pues esta última categoría significa únicamente que ciertas cosas eran consideradas como insusceptibles de ser objeto de actos jurídicos *entre privados*. Y ello porque siendo así que las circunstancias propias de dichas cosas (el estar en el uso público) resultaba incompatible con su posesión ordinaria o normal, los actos jurídicos con este objeto debían estimarse de contenido imposible y, por tanto, nulos.

3. Sólo se consideró *res publicae in uso publico* las destinadas directamente al uso del público, nunca las afectadas a servicios.

4. Las *res publicae in uso publico* eran insusceptibles de prescripción, pero se conoció la constitución sobre ellas de derechos privados.

B) *El régimen del territorio «ager publicus» perteneciente al pueblo romano*

Según señala E. CORTESI (14), hasta el Principado todos los territorios adquiridos por conquista militar se reputaron pertenecientes al pueblo romano, surgiendo la necesidad de articular mecanismos para hacer posible el aprovechamiento privado de esa enorme masa de bienes. El mecanismo efectivamente desarrollado consistió en la retención de la propiedad y la transferencia sólo de la posesión bajo variadas formas:

a) Ventas confirentes de amplias facultades de disposición, pero con obligación de pago de renta (*ager quaestorius*) o con inclusión de una cláusula de rescate (*ager trientalibus fruendus datus*).

b) Cesión de la posesión libremente revocable (*ager occupatorius*).

c) Cesión en disponibilidad inicialmente temporal y luego ya definitiva, pero con pago de un canon de reconocimiento de la propiedad pública (*ager vectigalis*).

(14) E. CORTESI, op. cit.

d) A título de arrendamiento al mejor postor (*ager locatus ex lege censoriae*).

e) Concesión para determinados usos a personas concretas o, incluso, comunidades, con pago de un canon (*ager scripturarius, ager compascuus*).

Con el transcurso del tiempo, todas estas diversas figuras acaban confundándose, fundamentalmente en la figura del *ager vectigalis*. La prolongación a través de generaciones de la situación establecida por su intermedio acabó provocando la necesidad del reconocimiento jurídico de la realidad económica creada, produciéndose la asignación en propiedad (sobre todo en la península itálica) de parcelas y, por tanto, la distinción entre suelo público (*ager publicus*) y privado (*ager divisus et adsignatus*).

De otro lado, siempre se diferenció el suelo itálico del provincial. En este último se conservó la idea del dominio estatal a través del *stipendium* (provincias senatoriales) y del *tributum* (provincias imperiales), que implicaba su reconocimiento. La evolución de estas figuras condujo finalmente a la transformación de los tributos (con naturaleza inicial de canon debido al nudo propietario) en carga pública debida al soberano.

C) El régimen de los bienes del «princeps» (15)

Con el surgimiento del Principado aparece la distinción entre el *aerarium saturni* o *populi romani* (administrado por el Senado y al que se asignó el *stipendium* de las provincias senatoriales) y el *fiscus caesaris* (nutrido con el *tributum* de las provincias imperiales). Hacia el siglo III, y con la expansión de la monarquía, se consuma un proceso de consunción del *aerarium* (que, disminuido en importancia, queda como caja municipal de Roma) y, paralelamente, de crecimiento del *fiscus*. En la época de Augusto a éste último se añade, diferenciadamente, el *patrimonium caesaris* (conjunto de los bienes privados del emperador; hoy podríamos decir más bien de los bienes de la Corona). La distinción entre ambos patrimonios no radicó tanto en la función y régimen como en los modos de adquisición: públicos en el *fiscus*, privados en el *patrimonium*. En el Bajo Imperio tuvo lugar, finalmente, la unificación de estos patrimonios, subsistiendo sólo formalmente como figuras independientes.

(15) Sobre este punto, véase E. CORTESI, *op. cit.*

2. Desde la Edad Media a la Revolución francesa y la codificación

De este periodo debe ser resaltada (por ser la causa más eficiente de la actual dificultad en la materia) la pérdida durante el mismo de la nitidez de la diferencia entre las instituciones romanas, produciéndose un entrecruzamiento, una confusión o mezcla entre las mismas por su utilización simplemente instrumental (independizada del origen y la finalidad institucionales originarias) al servicio de nuevas y distintas necesidades.

En un primer momento se pierde la clasificación romana de los bienes, que luego se recuperará a través de los glosadores y los post-glosadores. Quiere decirse que, inicialmente, no se conoce en la Edad Media la duplicidad de origen de las cosas públicas: por su titularidad (*ager publicus*) y por su destino (*res publicae*). En Roma, esta duplicidad responde a una diferencia objetiva: mientras el *ager publicus* era simplemente el suelo o la tierra propiedad del Estado, las *res publicae* aludían primariamente a un régimen jurídico resultante de la necesidad de resolver un conflicto de intereses, centrado en la utilización común de cosas inconstruible sobre la técnica de la servidumbre. El pragmatismo romano llevó, para la adecuada resolución de aquel conflicto, a la exclusión de los bienes del tráfico jurídico ordinario privado, confiando la protección del uso del bien a la autoridad pública; si bien a excitación privada a través del instrumento interdictal. La fórmula así hallada no prejuzga sobre la propiedad pública de los bienes, significa únicamente que en ella este elemento no es determinante.

Habiéndose reproducido en la Edad Media la situación de conquista militar de nuevos territorios, surge por lo mismo idéntica necesidad de articular su detentación y aprovechamiento por los particulares. Y para esa articulación se utilizan las técnicas romanas elaboradas con relación al *ager publicus*, reconducibles a la idea de la separación del dominio y la posesión. Como ha señalado J. L. VILLAR PALASÍ (16), los *bona publica* constituyen el *dominium proprium* del Príncipe, apareciendo términos del bajo latín: *demanium*, *domanium* y *domaenium* (que dan lugar a las voces italiana *demanio*, alemana *Domäne*, francesa *domaine* y española *dominio*).

De otro lado, el proceso de afirmación progresiva del poder real en el fraccionado mundo medieval (recuérdese que el emperador se

(16) J. L. VILLAR PALASÍ, *op. cit.* tomo X, pp. 10 y 11.

reputa heredero único del *populus romanus*) se cumple —en el plano jurídico— mediante la utilización de técnicas propias del Derecho romano para la justificación de los títulos reales. Así, la paz del rey, la *pax et tranquillitas civitatis*, recupera la idea del uso público y el poder real se erige en garante del mismo (sustituyendo la técnica interdictal romana). Sobre determinados bienes el rey asegura la paz, *los intereses de todos*, y por esta vía indirecta acaba afirmándose la titularidad real de caminos, bosques, mercados, montes, aguas y fuentes. Lo que en Derecho romano tenía una naturaleza predominantemente objetiva (el régimen exorbitante de las cosas por su uso y destino) sufre un profundo y definitivo proceso de subjetivación. La técnica que sirve a todo este complejo desarrollo (referido a bienes de lo más heterogéneos) es la *regalia*. Todos los títulos fragmentarios de poder se reconducen a esta figura, distinguiéndose en ella, sin embargo, y en razón a las concepciones políticas de la época, entre regalías mayores o indelegables en su ejercicio (constitutivas del núcleo de lo que luego será la soberanía: dictado de leyes, resolución de litigios, poder de dispensa singular, nombramiento de oficiales regios) y menores o delegables (comprensivas precisamente del dominio o demanio: salinas, minas, bosques, tesoros, bienes abandonados, etc.). El dominio o demanio acaba finalmente, pues, siendo una especie dentro del género *regalia*.

La *regalia* es, en definitiva, un título causal de intervención, que —desde la perspectiva del súbdito— implica una interdicción de cumplir actividad alguna en la materia sin concesión o licencia real (al tráfico jurídico de la *regalia* se le aplica, por tanto, la técnica romana de la separación entre dominio o titularidad y posesión o disfrute) (17).

Pues bien, a través de la recepción por la glosa de la clasificación de los bienes y, por tanto, de la categoría romana de la *res publicae*, se va a aplicar a los bienes demaniales el régimen propio de estas cosas, si bien ahora estando dichos bienes claramente subjetivizados.

Todos los derechos del Príncipe aparecen en su patrimonio, en cuya configuración se recibe también la dualidad romana de patrimonio privado y de la Corona. Sin embargo, debido a la confusión

(17) Según el texto de Isernia, que se toma de Villar Palasí (*op. cit.*, p. 16): «sunt *regalia* quae a privatis sine titulo possidere non possunt, et vel sunt maiora, quae aliter iura maiestatis dicunt et a privato plane possidere ne queunt, vel minora, quae per concessionem a Principe factam, demum iuste in aliquem transferunt.»

entre Derecho público y Derecho privado propia de la época, ésta tiene lugar también inicialmente en punto al patrimonio, por lo que todos los bienes del Príncipe se ofrecen como disponibles y prescriptibles (18). La diferenciación y, consecuentemente, la recuperación del régimen exorbitante para los bienes regalianos o demaniales surge por la preocupación en orden a la conservación de las fuentes de los ingresos reales (pues el demanio se concibe como la dote de la Corona). Es este el origen de la aplicación a los mismos de las reglas de la inalienabilidad y la imprescriptibilidad (19). Cuando en el siglo xv se formule la teoría de la soberanía, se adscribirán a la misma los bienes demaniales, teniendo lugar la definitiva separación entre dominio público y bienes patrimoniales.

Resumiendo todo lo dicho, puede decirse que en la Edad Media tiene lugar una mezcla o confusión de diversas instituciones romanas, de la que resulta una *subjetivación* de las clásicas *res publicae*. Estas no se caracterizan ya primariamente por el régimen propio de su destino y uso, sino por ser pertenencias del Príncipe, sin perjuicio de la aplicación a las mismas de aquel régimen. De ahí que la defensa del uso público deje de estar entregada a la acción (interdictal) privada para pasar a ser una verdadera función pública. Desde otra perspectiva, la subjetivación de la institución a través de la técnica regaliana hace que los bienes (mejor el poder sobre los mismos) se confundan con el resto de las potestades públicas.

Consecuentemente, la caracterización de los bienes de dominio público deriva básicamente de su titularidad, si bien está presente en la misma también el dato de su pertenencia o su relación con potestades soberanas. Su régimen jurídico es trasunto del romano, pero aparece influido por la precedente doble circunstancia; doble circunstancia que hace que el dominio público se extienda a cosas que no eran en Roma *res publicae*, alcanzando incluso a derechos inmateriales. En definitiva, y con VILLAR PALASÍ, puede decirse que el dominio público se ofrece como un mero ropaje, una simple veste formal que recubre

(18) Los juristas de la época polemizan ya en torno a este problema. ISERNA mantiene que *quae sunt in dominio principis non sunt in demanio*. Y MARINO que *idem est demanium quod dominium*. Esta polémica revivirá en el siglo xix a propósito del problema de la propiedad del dominio público.

(19) Ya en las Cortes de Valencia de 1340 se sanciona por ley paccionada la inalienabilidad de castillos, jurisdicciones y regalías. Pero es la ley pactada en las Cortes de Valladolid de 1442, la que establece definitivamente las reglas de la inalienabilidad y la imprescriptibilidad, que luego se recogen en los partidos.

las más variadas cosas. La dificultad y complejidad actuales de la institución traen causa de todo ello.

3. De la Ley francesa de 1790 a nuestro Código civil

Con la Revolución francesa tiene lugar una depuración técnica del concepto de dominio público, aunque fuertemente lastrada por toda la evolución anterior.

Como ha estudiado M. MONTEIL (20), el Decreto de la Asamblea Nacional de 22 de noviembre-1 de diciembre de 1790 *relatif aux domaines nationaux, aux échanges et concessions et aux apanages* supone las siguientes transformaciones en el dominio público:

a) El conjunto de los bienes hasta entonces integrantes del dominio de la Corona pasa a ser dominio de la nación.

b) Pero la composición del nuevo dominio nacional es más reducida, al quedar excluidos del mismo cualesquiera derechos no reconducibles a propiedades inmobiliarias o derechos reales. Este aspecto es capital, toda vez que revela —de forma acorde con la filosofía individualista liberal-burguesa emergente— la adopción de la perspectiva iusprivatista (las cosas apropiables y los derechos sobre las mismas) para la concepción del dominio público. Los derechos del soberano de naturaleza distinta (jurídico-pública) hasta entonces involucrados en el dominio de la Corona pasan a seguir una lógica distinta e independiente.

c) Consecuentemente con lo anterior, y al transferirse la titularidad del dominio así constituido a la nación (frente a la que sus miembros, según las ideas roussonianas, no precisan de garantía alguna), dicho dominio deja de estar sujeto a las reglas de la inalienabilidad e imprescriptibilidad (pues de su concepto desaparece cualquier idea de función pública, ocupando todo el espacio la de propiedad en sentido jurídico-civil, al reducirse su composición a cosas en dicho sentido). Con consentimiento de la nación, cualesquiera de sus bienes integrantes pueden ser enajenados.

La razón profunda de este cambio radical se revela si se tiene en cuenta que la distinción (debida a los juristas del régimen absoluto) entre patrimonio privado y dominio de la Corona perseguía en el Antiguo Régimen —en el marco de la construcción jurídica del Esta-

(20) M. MONTEIL, *op. cit.*, pp. 206 y ss.

do— la transpersonalización de las potestades o funciones públicas, a fin de extraerlas de la disposición de la persona del Monarca. Dicha distinción permitía diseñar la posición de ésta respecto del dominio de la Corona como mero administrador (sin facultades dispositivas). Una vez reducido el dominio nacional a un contenido puro y estrictamente patrimonial, y asumida su titularidad por la representación del pueblo, toda esa construcción se hacía superflua.

En la Ley de 1790, por tanto, dominio de la nación y dominio público son una misma cosa, por más que el empleo indistinto de dichos términos permitiera formalmente mantener lo contrario; circunstancia que —unida al dato de la calificación por la Ley de los bienes denominados de dominio público como «no susceptibles de propiedad privada»— condujo, sin embargo, a la doctrina iuspublicista a la afirmación de que el texto legal distinguía entre uno y otro dominio, conservando para el público las reglas tradicionales de la inalienabilidad y la imprescriptibilidad, lo que está en el origen del surgimiento de la teoría moderna del dominio público (21).

En el Código civil francés se recibe esta nueva construcción del dominio público prácticamente sin variaciones. De todas formas, tal como advierte el propio M. MONTEIL (22), el Código prescinde ya totalmente de la expresión dominio nacional (utilizando exclusivamente la de dominio público), incluyendo sistemáticamente la regulación de éste en el título relativo a la clasificación de los bienes y en el capítulo rubricado «De los bienes en sus relaciones con las personas que los poseen», atribuye la propiedad de los bienes dominiales no ya a la Nación, sino al Estado, y, aunque no introduce regla expresa contradictoria con la de alienabilidad proclamada por la Ley de 1790, ofrece —en una interpretación conjunta de varios de sus preceptos— base suficiente para la pervivencia de la tradición de la existencia de cier-

(21) Los dos primeros artículos de la Ley de 1790 comentada en el texto rezan así:

«Artículo 1.º Le domaine national proprement dit s'entend de toutes les propriétés foncières et de tout les droits réels ou mixtes qui appartiennent à la nation, soit qu'elle ait seulement le droit d'y rentrer par voie de rachat, droit de révision ou autrement.

Art. 2.º Les chemins publics, les rues et places des villes, les fleuves et rivières navigables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, etc., et en général toutes les portions du territoire national qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérées comme des dépendances du domaine public.»

(22) M. MONTEIL, *op. cit.*, pp. 234 y ss.

tas cosas inalienables e imprescriptibles por estar fuera del comercio (el artículo 538 habla de cosas no susceptibles de propiedad privada, el artículo 1598 circunscribe lo que puede ser vendido o lo que está dentro del comercio y el artículo 2262 prohíbe la prescripción adquisitiva de las cosas fuera del comercio).

La sistemática del Code francés pasa a nuestro Código civil, que regula el dominio público con motivo de la clasificación de los bienes (título I del libro II relativo a los bienes, la propiedad y sus modificaciones), de tal manera que todas las cosas o bienes en sentido jurídico-civil son, por sus características, inmuebles o muebles, y, por su titular, de dominio público o de propiedad privada. Por tanto, también para nuestro Código civil el dominio público es una institución integrada por bienes (inmuebles o muebles) en sentido jurídico-civil, sólo que sometidos a un régimen especial.

III. EL CONCEPTO Y LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DOMINIO PÚBLICO; UN ENSAYO DE RECONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DE SU TEORÍA GENERAL

Como advertimos en la introducción, el problema básico del dominio público reside en determinar si constituye o no una categoría propia del Derecho administrativo, es decir, si objetivamente existe como institución específica de éste (ajena a la de cosa en sentido civil) la de *cosa pública*; institución que pueda servir de soporte a una teoría general del dominio público.

La consideración por la codificación civil del dominio público desde la perspectiva de las cosas o bienes y de los derechos sobre los mismos, ha condicionado y continúa condicionando toda teorización de dicho dominio. Porque si éste —mero conjunto de bienes en sentido jurídico-civil— se singulariza sólo por razón de su titular (de la persona a la que pertenecen los bienes) y de su régimen jurídico (en razón a su destino), no existe base suficiente para la construcción de un Derecho de cosas exclusivamente administrativo. El Derecho administrativo ha de limitarse, así, al estudio del régimen peculiar de los bienes del dominio público, tal como éste resulte de las leyes positivas administrativas, salvo que se intente construir una propiedad jurídico-pública diferenciada de la civil. En todo caso, la teorización del dominio público aparece dominada por la cuestión acerca

de si los bienes que lo integran son o no objeto de un verdadero derecho de propiedad.

Para la primera doctrina posterior al Código civil francés, sin embargo, la condición de propiedad del Estado de la totalidad de los bienes dominiales (fueran o no del uso público) no era objeto de duda. Tanto los civilistas (DELVINCOURT, TOULLIER, DURANTON), como los administrativistas (BONNIN, CORMENIN, DE GERANDO) e incluso la jurisprudencia (la *Cour de Cassation*), afirman esa propiedad, si bien aparece apuntada ya la distinción de los bienes públicos según el régimen de su enajenación y prescripción (23).

Va a ser PROUDHON quien, en su *Traité du domaine public ou de la distinction des biens* (sic), 1833-34 y retomando la singular interpretación de los conceptos romanos de extracomercialidad e insusceptibilidad de propiedad privada realizada en el régimen absoluto por LOYSEAU, DOMAT y LE FÈVRE DE LA PLANCHE (24), en el sentido de permitir la afirmación de que las cosas comunes y públicas (camino, ríos, riberas del mar) no eran de propiedad de la Corona, lleve a sus últimas consecuencias el malentendido en que dicha interpretación descansa, formulando y estableciendo la distinción entre dominio público y dominio privado del Estado, con negación de todo derecho de propiedad sobre la primera categoría y reconocimiento respecto de ella al Estado únicamente de poderes de guarda y vigilancia (de policía) (25).

La construcción proudhoniana es rápidamente aceptada por la doctrina (tanto la administrativa —FOUCART, GERANDO, LAFERRIERE, DUCROCQ, DUFOUR, BATBIE— como la civilista —DEMOLOMBE, AUBRY, LAURENT—) y la jurisprudencia (26). Aunque esta última la abandona pronto en favor del reconocimiento de la propiedad sobre el dominio

(23) Véase sobre este extremo, W. G. VEGTING, *op. cit.*, pp. 183 y ss.

(24) Véase J. DUFAU: *Le domaine public*, Editions du Moniteur, París, 1977, páginas 25 *in fine* y 26.

(25) La tesis de V. PROUDHON no parece haber sido enteramente original, habiendo sido preparada por las posiciones de PARDESSUS y FOUCART, quienes ya diferenciaron entre unos bienes no pertenecientes al Estado a título de dominio (por su destino propio) y otros que, por el contrario, poseídos por el Estado como un particular cualquiera. Véase al respecto J. F. DENOYER: *L'exploitation du domaine public*, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1969, pp. 17 y 18. En la misma obra, también una sucinta exposición de las tesis de PROUDHON, en las pp. 18, 19 y 20.

(26) *Vid.* M. MONTEIL, *op. cit.*, pp. 257 y ss., y W. G. VEGTING, *op. cit.*, pp. 194 *in fine* a 207. También J. F. DENOYER, *op. cit.*, pp. 20 y 21.

público (27), la influencia doctrinal de dicha construcción alcanza a la primera mitad de este siglo, condicionando la posición de autores tan relevantes como BERTHELEMY, DE RECY, DUGUIT y JEZE (28).

La definitiva superación de la tesis de PROUDHON es obra de HAURIUO, quien ya en la primera edición de su *Précis* (en 1892) sostiene que el derecho sobre el dominio público es un derecho de propiedad. El razonamiento de este autor es realmente incontestable. Aunque pueda ser cierto que, desde una perspectiva global de conjunto (del género entero de un determinado tipo de bienes dominiales: los ríos, los lagos, las costas), dichos bienes son insusceptibles de apropiación, es seguro que no lo es desde la que realmente importa en realidad: la de concretos bienes o de partes determinadas de éstos (el «*mètre carré*»), como demuestra sin más la experiencia. De otro lado existen, por ejemplo, caminos, lagos o cursos de agua privados, que no se distinguen físicamente, es decir, por su naturaleza de los de carácter público. En consecuencia, la inalienabilidad, o, por mejor decir, el régimen peculiar y exorbitante de los bienes dominiales no es el reflejo de su específica naturaleza, sino, más sencillamente, el resultado de su afectación a un destino público, el efecto de un acto jurídico. Ese régimen no es, pues, una nota consustancial a los bienes, no es absoluto y sí únicamente relativo (puede desaparecer y de hecho desaparece con la desafectación). Por tanto, el dominio público, por su naturaleza, puede ser objeto de propiedad privada. El hecho de que el contenido y régimen de las facultades de la Administración no sean idénticos a los correspondientes del derecho de propiedad regulado por el Código civil, no constituye argumento alguno en contra de la

(27) A partir de la segunda década del siglo XIX comienzan a ser frecuentes los pronunciamientos judiciales que consideran el dominio público como de propiedad de la Administración. Vid. J. F. DENOYER, *op. cit.*, pp. 26 y ss.

(28) Para BERTHELEMY las nociones de dominialidad y propiedad son antagónicas; en la primera no se dan las notas propias (*usus, fructus y abusus*) de la segunda, ostentando sobre ella la Administración exclusivamente un derecho de *garde et de surintendance*.

De RECY, aun reafirmando la negación de todo derecho de propiedad sobre los bienes dominiales, admite que éstos están fuera del comercio sólo relativamente y por ello la Administración puede realizar convenios con los particulares para su utilización, siempre que sean compatibles con la afectación de los mismos.

Desde la idea del servicio público como elemento capaz para sustentar la construcción objetiva del Derecho público, DUGUIT concibe el dominio público como un patrimonio afectado a un fin de utilidad pública, sin que los bienes concretos que lo componen estén referidos a una persona de la que pudiera predicarse la condición de titular. La Administración ostenta sólo un deber, el de proteger el dominio público, velando porque su afectación sea respetada. Véase una exposición de las precedentes posiciones doctrinales en J. F. DENOYER, *op. cit.*, páginas 34 y ss. Cfr. también W. G. VEGTING, *op. cit.*, pp. 208 y ss.

afirmación del dominio público como propiedad de la Administración, pues la propiedad civil es sólo un tipo de propiedad que no agota la institución. La conclusión es que las dependencias del dominio público son «*propriétés administratives*» (29). El impacto de esta tesis sobre la doctrina francesa ha sido y continúa siendo definitivo, de modo que —como señala J. DUFAY (30)— en la actualidad la doctrina francesa dominante parte del dominio público como propiedad de las personas públicas administrativas, radicando las divergencias únicamente en las características de ese derecho de propiedad. Es ésta, además, la naturaleza del dominio sostenida por la jurisprudencia y consagrada por el Derecho positivo actuales (31).

La evolución de las ideas sobre el dominio público ha sido muy diferente en Alemania, en cuyo Derecho no llegó a arraigar en momento alguno la teoría tradicional y proudhoniana del mismo; circunstancia imputable probablemente —según apuntan R. MEYER y H. J. PAPIER (32)— a la importancia histórica en dicho Derecho de la teoría del Fisco y a la persistencia de sus efectos, aun después del tránsito del Estado policía al Estado de Derecho: en esa persistencia radica el origen, en efecto, de la identificación de acción civil y acción de contenido patrimonial, mantenida largo tiempo por la jurisprudencia ante la ausencia de una tutela judicial jurídico-administrativa parangonable a la civil, así como de una responsabilidad patrimonial de Derecho administrativo. De ahí (la necesidad, por predominio de la tutela judicial civil, de la búsqueda —en el ámbito patrimonial— de las reglas de fondo precisamente en el Derecho civil), la temprana afirmación en favor del Estado de un derecho ordinario de propiedad sobre el dominio público. Sin embargo, no han faltado, en Derecho alemán y hacia finales del siglo XIX, representantes de la teoría tradicional —así WAECHTER, WAPPAEUS, JHERING y KELLER—, postuladores todos ellos de la calificación del poder estatal sobre el dominio público como *reines Hoheitsrecht* (33).

Pero en razón a la apuntada singularidad, la concepción absolutamente dominante es la que H. J. PAPIER denomina construcción dua-

(29) M. HAURIOU: *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Librairie de la Société du Recueil Sirey, París, 1911, 7.ª ed., pp. 685 y ss.

(30) Vid. J. DUFAY, *op. cit.*, pp. 39 y 40.

(31) Véase nota anterior.

(32) R. MEYER: *Du droit de l'Etat sur le domaine public et des utilisations privatives de ce domaine par les particuliers*, Ed. Nouvelle Bibliothèque de Droit et de Jurisprudence, Lausanne, 1953, p. 17.

(33) R. MEYER, *op. cit.*, p. 17.

lista del *status* jurídico del dominio público (34). Conforme a la misma, no existe más que un único derecho de propiedad y, por tanto, un único régimen jurídico del mismo —el establecido por el Código civil—, de modo que los bienes públicos están sujetos también, como los privados, a dicho régimen (son, pues, objeto de un derecho de propiedad, en el sentido de dicho Código). No obstante, la afectación a un destino o fin público determina el gravamen de dichos bienes públicos por un derecho real limitado y, en concreto, una servidumbre jurídico-pública o administrativa. Esta servidumbre concede un señorío real jurídico-público específico sobre la cosa o el bien, comprensivo de diferenciadas facultades de uso y disfrute, de un lado, y deberes de conservación o mantenimiento, de otro (facultades y deberes de carácter, asimismo, jurídico-público). Al propio tiempo, la servidumbre tiene el efecto negativo de desplazamiento o comprensión (en la misma medida de su contenido propio) de las facultades jurídico-civiles del propietario del bien.

Así, pues, en el Derecho germano-occidental la característica de las cosas o los bienes dominiales radica en estar sujetos en parte al Derecho público o administrativo y en parte al Derecho privado. Son, por tanto, objetos de propiedad jurídico-civil como los bienes ordinarios o privados, *hasta el punto de que pueden pertenecer a particulares*. Pero el propietario (sea la Administración o un particular) no puede ejercer su derecho o lo puede ejercer tan sólo de forma muy atenuada, en razón al destino público derivado de la afectación. Cierzo que para la efectividad de ese destino la Administración debe adquirir (de común acuerdo con el interesado o por expropiación) un derecho real suficiente que le otorgue la necesaria disposición sobre la cosa o el bien, pero la afectación no guarda una necesaria relación con la propiedad del futuro bien dominial, pues la correspondiente potestad pertenece a la Administración en tanto que poder público o *Hoheitsträger*. La afectación tiene como fin garantizar la utilidad pública correspondiente y por efecto limitar o suspender el ejercicio del derecho de propiedad sobre el bien, si bien dicho derecho no es alterado en su sustancia. De ahí que el Estado pueda presentarse, pues, con relación al dominio público, bajo dos aspectos: a título de Estado-propietario (cuando lo es) y de Estado-poder (*Hoheitsträger*);

(34) H. J. PAPIER, Ed. Walter de Gruyter, Berlín - Nueva York, 1977, p. 24. Se trata de la construcción dominante tanto en la doctrina como en la legislación y la jurisprudencia.

sólo bajo este segundo resulta ser estrictamente titular de la cosa pública.

Excepción (aunque no tan acusada como de común se sostiene) en el panorama doctrinal alemán lo constituye O. MAYER, cuya posición en esta materia es fruto de sus estudios de Derecho francés. Precisamente en su obra *Theorie des französischen Verwaltungsrecht* (1886) sostiene por primera vez que «*Le domaine public est une propriété de l'Etat, qui dépend du droit public*» (35). El objetivo de MAYER es, pues, la sustitución del dualismo de la teoría dominante alemana por una institución unitaria denominada «propiedad pública», en la que se funden el poder patrimonial (*sachenrechtliche Herrschaft*) y el poder público o policía (*hoheitliche Verwaltung*) sobre la cosa o el bien públicos. El fundamento lo suministra la afirmación de que todo lo perteneciente a la «administración pública» no cae bajo el Derecho civil, pues incumbe al Derecho administrativo. Dada la conexión de la cosa pública con el interés público, la propiedad de aquélla sólo puede concebirse y ser una institución propia de este último Derecho. No obstante, ha de repararse en que, para O. MAYER, la «propiedad pública» es, ante todo, una manifestación del poder público. De ahí que en la exposición de este autor no aparezcan las facultades comunes del derecho de propiedad en sentido jurídico-civil (su posición no es, pues, y como antes se anunció, tan lejana a la mayoritaria en la doctrina alemana) (36).

No puede finalizarse este somero repaso de las distintas concepciones del dominio público sin hacer siquiera sea una breve referencia a la situación actual en nuestro Derecho. En el plano doctrinal, la influencia francesa, y en especial de HAURIU, es claramente perceptible en la mayoría de los autores, y en particular, y por todos, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA (37), constituyendo, por tanto, excepciones las posturas de J. L. VILLAR PALASÍ, R. PAREJO GAMIR y J. M. RODRÍGUEZ

(35) La cita se toma de R. MEYER, op. cit., p. 26.

(36) Véase O. MAYER: *Derecho Administrativo Alemán*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1951, tomo III, «Parte Especial; el Derecho público de las cosas», páginas 91 y siguientes.

(37) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Apuntes de Derecho Administrativo*, 2.^a ed., Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1981-82, tomo I, páginas 15 y ss. (en la elaboración de este tomo han intervenido diversos profesores de la cátedra de dicho profesor, debiéndose la última revisión general a M. SÁNCHEZ MORÓN).

OLIVER (38) dirigidas a sentar las bases de una nueva construcción en la línea de la propugnada por este trabajo. La doctrina del Consejo de Estado y la jurisprudencia del Tribunal Supremo se alinean con la doctrina dominante. Las Sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1967 y 17 de marzo de 1980 (*Rep. Az.* 5211 y 2201, respectivamente) afirman, apoyándose en el Decreto de la Presidencia resolutorio de conflicto de atribuciones de 8 de noviembre de 1962, que «el dominio público, cualquiera que pueda ser su configuración teórica, está concebido en nuestro Derecho positivo, no como una relación de poder, sino como una relación de propiedad según los artículos 338 y 339 del Código civil establecen». Y la más reciente, también de la Sala Cuarta, de 28 de octubre de 1981 (*Rep. Az.* 4703), recoge la doctrina del Consejo de Estado y establece que:

«El dominio público en nuestro Ordenamiento jurídico, en el presente momento histórico, se configura como una relación de propiedad y no como una relación de poder o de soberanía, tal como proclama no sólo el Código civil en sus artículos 338 a 345, sino también la Ley de Régimen Local, en sus artículos 182 y siguientes, y el Reglamento de Bienes de Entidades Locales, en sus artículos 3.º y 4.º; doctrina también proclamada por el Consejo de Estado en sus dictámenes de 14 de febrero de 1957 y 10 de mayo de 1962, y matizada en el dictamen de 14 de junio de 1969, en el que se afirma que la titularidad demanial no se confunde con el mero derecho de propiedad civil, puesto que la misma se organiza por el Derecho, no para utilización exclusiva del propio Estado sobre los bienes demaniales, sino que lleva con-

(38) J. L. VILLAR PALASÍ (op. cit., pp. 22 y ss.) apunta la diferente significación de cosa en Derecho civil y en Derecho administrativo, denuncia la «cosificación» del dominio público y sostiene que éste es más bien un título causal de intervención. En la misma línea se sitúan R. PAREJO GAMIÑE y J. M. RODRÍGUEZ OLIVER: *Lecciones de dominio público*. Ed. ICAI, Madrid, 1976, pp. 7 y ss.; autores que afirman textualmente: «... el Dominio Público, antes que un conjunto de bienes, lo que representa es un soporte jurídico de potestades; un título jurídico de intervención que lo que permite es que la Administración titular esté en posición jurídica hábil para disciplinar las conductas de quienes utilicen las cosas calificadas como públicas, ordenándolas de acuerdo con las exigencias de los intereses generales. Más concretamente, el Dominio Público no interesa como propiedad, sino como justificación para que la Ley atribuya determinadas facultades, y para que el Derecho privado no llegue a absorberlo.»

siguiera el principio de apertura de esos bienes a la utilización económica del común de ciudadanos, de tal suerte que si bien el dominio público está fuera del comercio de los hombres, y su comercialidad sólo admitida, en términos limitados, por modos de Derecho público, esto no obstante, su adquisición puede operarse no sólo por medios o modos del Derecho administrativo, sino también por modos del Derecho privado, y así lo dispone el artículo 8.º, número 4 del Reglamento de Bienes de Entidades Locales» (39).

Como se desprende de la precedente exposición, la discusión y el análisis doctrinales en torno a la naturaleza del dominio público aparecen transidos obsesivamente por el problema de la propiedad. Ello obedece sin duda a la penetración —en este punto y desde su mismo origen— del Derecho administrativo por el Derecho civil, y, en ese contexto, al lastre histórico que representan la confusión introducida, en el medievo entre titularidad y régimen jurídico objetivo de los bienes públicos, de un lado, y cosa fuera del comercio e insusceptible de apropiación privada (especialmente esto último), de otro. Pero, como ha demostrado sin duda W. G. VECTING (40), los romanos

(39) La Sentencia de la Sala Cuarta de 30 de noviembre de 1965 (*Rep. Az.*, 5578), anterior a las citadas en el texto, sienta una doctrina singular respecto de éstas con motivo de un supuesto relativo a la zona militar de costas y fronteras:

«Por obra de la condición de estos bienes en poder del Estado, como necesarios para la defensa nacional, tienen el carácter de dominio público adscrito a aquella necesidad y favor de su actual propietario, lo que le atribuye un derecho de los llamados demaniales, en el sentido teleológico de la actividad de la Administración, como operativa fundamental para la consecución de sus fines, utilizando para ello el servicio de un patrimonio, concepto novísimo, en que la originalidad a través del vocable "doman" aparece primero en los tratadistas alemanes antes que en los italianos, y ser refleja como nomenclatura legal por primera vez en el Consejo Civil italiano de 1942, al expresar los bienes que forman parte del demanio público, y la característica adjetivada de "demanialité" como inherente a la función de su atributo, que es lo que constituyen su especialísima condición jurídica y refieren su tutela a la Administración determinándose su posesión como una de aquellas cosas fuera del comercio, en todo caso, y en las que cabe la concesión de parte del goce sin perturbación esencial de su naturaleza como bienes de patrimonio indisponible por la esencialidad de su adscripción funcional, más que por su destino, concepto aportado al Derecho español en la Ley del Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964.»

(40) W. G. VECTING, *op. cit.*

nunca concibieron la situación de «fuera del comercio» como una insusceptibilidad de ser objeto de propiedad, sino estrictamente como un régimen indicativo de la impracticabilidad de actos jurídicos de adquisición de derechos incompatibles con el destino de los bienes correspondientes. El entendimiento de la extracomercialidad como insusceptibilidad por naturaleza es un abuso posterior, al que no es ajena la circunstancia de la extensión de la técnica demanial más allá de las *res communes omnium*.

Deshecho definitivamente el equívoco, al demostrarse por M. HAURIU la inexistencia de la pretendida insusceptibilidad de los bienes dominiales como tales cosas para ser objeto de derechos reales como los restantes bienes, cae por su base la premisa misma sobre la que se asienta la posición negativa de la propiedad sobre aquellos bienes. De otro lado, no puede negarse la validez de las críticas ya típicas a esta posición: la no explicación por la misma del tráfico jurídico (ciertamente peculiar, pero indudablemente tráfico jurídico) de que son objeto los bienes dominiales, la prescripción inmemorial la contradice abiertamente y carece de respuesta para el hecho incontestable de la transformación de dichos bienes —por la sola virtud del mecanismo de la desafectación— en bienes «normales» o patrimoniales.

En la actualidad, por tanto, es una pretensión absurda continuar poniendo en cuestión que sobre los bienes de dominio público recaen, al igual que sobre los que no lo son, verdaderos derechos reales y, desde luego, el pleno de la propiedad. No se trata, con toda evidencia, de *res nullius* ni de bienes en una suerte de situación legal objetiva peculiar y singularísima. Su posición básica en el mundo jurídico es idéntica a la del resto de los bienes. La única peculiaridad radica en el llamado dominio natural (en el que realmente se sitúa el origen de la técnica), pero tal peculiaridad no deriva tanto de una diferente naturaleza de los bienes (una a modo de incapacidad natural para ser objeto de tráfico jurídico), cuanto de su tratamiento por el Derecho en razón a su relación con la vida humana y a los medios técnicos para su dominación. El espacio y el mar se encuentran en una situación históricamente equivalente a la experimentada mucho antes por otros bienes. La evolución tecnológica reciente (alumbradora de técnicas para su aprovechamiento y dominación) demuestra que no hay verdadera diferencia de naturaleza para con otros bienes. Ocurre más sencillamente que en estos bienes se muestran aún con

mayor vigor las justificaciones originarias últimas de la técnica demanial:

a) La funcionalidad específica de los bienes, exigente de un régimen jurídico peculiar garantizador (por superación de la tensión tónica de intereses) de su uso y disfrute generales.

Esa garantía requiere una *publicatio* genérica y abstracta (como la originaria de las *res communes omnium*). De ahí que la técnica romana (con su pragmatismo proverbial) haya consistido en la sujeción de los bienes a un régimen exorbitante, correspondiente a la función de los mismos en el mundo real y, por tanto, del Derecho.

b) La necesidad del arbitrio de mecanismos de salvaguarda de la precedente funcionalidad.

Inicialmente (en Roma) esos mecanismos quedaron confiados a los mismos particulares, a través de la técnica *interdictal*. Con la formación del Estado moderno, se transformaron (a través de la subjetivación del dominio público y en el curso del proceso de afirmación del poder real) en una verdadera función pública. La administración del régimen exorbitante preciso a la funcionalidad social de la cosa pública queda así transmutada en una función pública, una *policia* más.

Ahora bien, dicho esto, debe observarse inmediatamente que la tesis del dominio público como propiedad del Estado o de la Administración (necesaria y únicamente, es decir, en términos de identidad absoluta) es igualmente incorrecta, por padecer del condicionante histórico de la penetración del Derecho público por las correspondientes instituciones jurídico-privadas. Esta tesis se atiene exclusivamente al hecho —hoy más que nunca innegable— de que la Administración, al gestionar el régimen excepcional propio del dominio público, realiza un estricto tráfico jurídico y actúan las correspondientes facultades como un verdadero propietario en el supuesto jurídico-civil típico. Aparte la deficiencia de base de la asunción acrítica de la ya aludida penetración en este campo de las instituciones jurídico-civiles, puede achacarse a la misma la falta de encuadramiento y explicación satisfactoria de los supuestos —estudiados entre nosotros por J. A. GARCÍA TREVIJANO (41)— de disociación de la titularidad domini al y la titularidad de la función o del servicio público motivantes

(41) J. A. GARCÍA TREVIJANO Fos: *Titularidad y afectación demanial en el ordenamiento jurídico español*, núm. 29, de esta REVISTA, pp. 11 y ss.

de la afectación dominial de los bienes, así como de aquellos —y esto es ya definitivo— en que la dominialidad descansa o se apoya exclusivamente en un derecho real limitado, como no es infrecuente hoy en el ámbito de la acción urbanística (plazas o jardines de uso público, pero de titularidad privada, garantizándose dicho uso a través de una servidumbre; práctica que tiene perfecta cobertura en los artículos 64.1 *in fine* y 68 de la vigente Ley del Suelo, texto refundido aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril). Más aún, está en desacuerdo con la accesoriedad que para el Derecho administrativo tiene el bien concreto en sí y, por tanto, el derecho específico sobre el mismo, respecto de la función o servicios públicos determinantes de la afectación, como también demuestra cumplidamente —en el Derecho urbanístico— la sustitución automática de unos bienes por otros *en el papel de soporte de la dominialidad* cuando acaece una alteración de la ordenación urbanística y, por tanto, una modificación de la disposición de las superficies de dominio y uso públicos (artículo 47.3 del Reglamento de Gestión Urbanística, aprobado por Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto). Todos estos supuestos acreditan, en efecto, que el dualismo propio de la construcción alemana del dominio público no carece por completo de justificación.

En definitiva, y como ha apuntado J. L. VILLAR PALASÍ (42), la tesis del dominio público igual a propiedad ha conducido —a través de la cosificación (en sentido jurídico-civil) de dicho dominio, es decir, la aceptación del concepto jurídico-civil de cosa o bien para construir la institución del dominio público— al oscurecimiento de la verdadera justificación y naturaleza del mismo (aparte, añadamos nosotros, de a la imposibilidad de la construcción de un Derecho de cosas estrictamente administrativo); justificación y naturaleza que se reducen a la consideración del dominio público como un *título causal de intervención*. En efecto, si originariamente (en la antigüedad clásica) el dominio público surgió como régimen jurídico al servicio de una función social, desde el Estado moderno es una potestad pública, en virtud de la *publicatio* de dicha función social y, por tanto, de la administración del régimen jurídico conectado a la misma. En los últimos tiempos (desde el abandono de la ideología liberal y el compromiso del Estado en el destino de la sociedad) este carácter de potestad-función se ha acentuado cada vez más, en razón al incremento de las tareas estatales, hasta alcanzar su culminación en la

(42) J. L. VILLAR PALASÍ, *op. cit.*

consagración constitucional del Estado social. Ya no se trata de una facultad, de un poder, sino de un deber positivo de configuración de determinadas condiciones para la vida social y de mantenimiento de las mismas. De ahí que hoy es inmediatamente visible que el dominio público no es algo dado, el conjunto de bienes de propiedad del Estado o de la Administración que éstos afectan a servicios o usos públicos (un concepto fuertemente estático, por hacer referencia a una suerte de patrimonio afectado, con el sólo dinamismo de la lógica propia de todo patrimonio), sino que es más bien algo esencialmente dinámico y no sustancial o material, cuya consistencia viene dada no por relación a los bienes que en un momento dado lo sirven (le aportan el necesario soporte instrumental), sino en función de los cometidos propios del poder público en los que se expresan las necesidades y las aspiraciones sociales (históricamente cambiantes y, por tanto, evolutivas); cometidos que dicho poder debe permanentemente cumplir (art. 1.º.1 y 9.º.2 de la vigente Constitución española). De ahí no sólo la variabilidad y la expansión actuales (su adaptación a las cambiantes circunstancias) del dominio público, sino sobre todo su imagen como *resultado* de la acción pública, fundamentalmente administrativa.

Llegados a este punto, es de toda evidencia que la clave para cualquier reconstrucción de la teoría general del dominio público, según ha notado también J. L. VILLAR PALASÍ (43), radica en la diferencia del significado del concepto *cosa* para el Derecho civil y el administrativo. Precisamente sobre esta base se asienta el gran intento de dogmatización, con materiales exclusivamente jurídico-públicos, del dominio público realizado en los años treinta por T. MAUNZ (44), en el que forzoso resulta demorarse con algún detenimiento.

Supuesto, de un lado, que las realidades extrajurídicas se reducen a las categorías de hombre, substancia (cosa, en este sentido), acto o actividad y relación y, de otro, que la ordenación jurídica de esas realidades acaece bajo la forma bien de la creación de sujetos de Derecho, bien de la fundación de relaciones jurídicas (ambos supuestos, a su vez, por intermedio de la norma) (45) y establecido que

(43) J. L. VILLAR PALASÍ, *op. cit.*

(44) T. MAUNZ, *op. cit.*

(45) La no confusión de las categorías extrajurídicas y de las jurídicas tiene decisiva importancia para la ciencia jurídica, como lo demuestra el problema de la persona natural y jurídica. El correcto deslinde de los planos real y jurídico permite ver con claridad que el hombre sí puede ser sustrato para la fijación de un centro de imputación de derechos y obligaciones (persona en sentido jurídico).

estas dos últimas categorías (sujeto de Derecho y relación jurídica) son necesarias al Derecho positivo (en tanto que obtenidas desde el Derecho positivo e indispensable para su construcción y sistematización) y la de objeto del Derecho (medio jurídico para conseguir un fin) es sólo un concepto científico y, por tanto, no necesario, MAUNZ afirma que la cuestión radica en analizar en cuál de entre estas categorías jurídicas es subsumible la *cosa pública*.

Esta no es, por de pronto, un sujeto de Derecho, sencillamente porque no constituye para norma jurídica alguna centro de imputación de acción jurídica relevante. No se trata, sin embargo, de que, por naturaleza, la cosa pública no sea capaz de acciones jurídicas, pues tal circunstancia no sería obstáculo bastante para que el Derecho la construyese como sujeto, de modo semejante a como ocurre con la persona jurídica (que es sujeto, aunque, por naturaleza, no sea capaz de actos jurídicamente relevantes).

Desde la perspectiva de la categoría científica «objeto del Derecho», la cosa pública puede concebirse bien como algo que simplemente es (empleando un criterio material o sustantivo), bien como algo con significado (utilizando un criterio abstracto). Ilustra esta doble posibilidad la consideración del inmueble, en cuanto objeto, tanto como substancia real (trozo de tierra, realidad construida) cuanto como concepto estrictamente jurídico (por ejemplo: camino, carretera, vivienda, etc.). En modo alguno cabe excluir *a priori* que la cosa pública pueda calificarse de objeto de Derecho, pero en tal hipótesis —y como es bien evidente (46)— nunca en calidad de substancia y si únicamente de concepto signifiante. Precisamente sobre esta calificación descansa la teoría tradicional del dominio público.

Ahora bien, tampoco resulta lícita la exclusión de la posible concepción de la cosa pública como relación jurídica (47). Pero para

no se identifica, sin embargo, con dicho centro; razón por la que cabe utilizar al hombre, es decir, al mismo sustrato para la formación de varios sujetos de Derecho. Véase T. MAUNZ, *op. cit.*, p. 69.

(46) Un ser corporal o real no puede ser un concepto jurídico, sino todo lo más «un algo» a lo que se refiere un concepto jurídico. Por intermedio de las normas jurídicas no se produce reconocimiento alguno de cosas o seres reales, pues el objeto de la ciencia jurídica no radica en las sustancias, sino en las normas y las relaciones con las normas. El Derecho ilustra sobre la relación de lo que es de lo que está o va siendo con la norma. De ahí que, como se ha expuesto en el texto, todo lo jurídico ha de reconducirse a la norma o a la relación con la norma, siendo esta última pensable bajo dos figuras: la persona jurídica y la relación jurídica. Véase el discurso de T. MAUNZ al respecto en *op. cit.*, pp. 65 y ss.

(47) La relación jurídica, en el esquema de T. MAUNZ, puede consistir en la relación de una persona con el ordenamiento jurídico (relación jurídica en sentido estricto) y en la relación entre varias personas (relación jurídica en amplio

ello es imperativo hallar un sujeto cuya relación con el ordenamiento pueda calificarse o bien como deber jurídico específico, o bien —unido en este caso al deber de otro sujeto o persona— quepa conceptuarla como derecho; y ello, siempre y cuando en uno y otro supuesto sea posible demostrar que en tal relación radica la esencia jurídica de la figura denominada cosa pública o dominio público. En esta hipótesis y para la construcción de esta figura el acento no se coloca (como tradicional y generalmente se viene haciendo) en las realidades metajurídicas, sino en los deberes y obligaciones y los derechos previos a las mismas.

La cosa pública tiene ciertamente la finalidad de ser aplicada a substratos reales y extrajurídicos, pero no es ella misma una sustancia o materia. Más bien debe considerarse desligada de representaciones materiales y concebida exclusivamente como *una relación específica con la norma jurídica*. En efecto, ni el camino público es simplemente un trozo de superficie, una o varias fincas o una determinada disposición de materiales, ni el río (en cuanto concepto juri-

sentido). La relación de una persona con el ordenamiento se manifiesta en la imposición de un deber jurídico. Así, respecto del ordenamiento jurídico, los ciudadanos son, por de pronto, sujetos obligados (*Pflichtsubjekte*) o con el deber de acatamiento y en esta posición de deber descansa precisamente su subjetividad jurídica (*Rechtssubjektivität*). Con el deber jurídico no tiene por qué corresponderse necesariamente un poder o una facultad jurídicos (aunque sí es cierta esa correspondencia necesaria a la inversa).

Toda relación jurídica presupone, al menos, una persona jurídica. En las relaciones jurídicas en sentido amplio, al ser consustancial a las mismas la correspondencia facultad-obligación, es precisa la presencia de varias personas.

Cuando, como en las relaciones jurídicas en sentido estricto, existe un deber y éste no tiene reflejo o correspondencia en una correlativa facultad, *la relación jurídica es —hacia uno de sus lados— abierta*; lo que no excluye, desde un punto de vista dinámico, que en el curso de la existencia de la relación surja esa facultad como reverso del deber, transformándose así la relación en recíproca o entre varias personas (aunque ello no es preciso que suceda). Consecuentemente, la afirmación de que la existencia de al menos dos personas es presupuesto de toda relación jurídica en cualquier caso no puede considerarse correcta.

Entre el estado correspondiente a una relación jurídica en sentido estricto o unilateral y el propio de una relación jurídica en sentido amplio o multilateral es posible otro intermedio, cuya peculiaridad radica en que el derecho (la facultad correlativa al deber o la obligación) no está aún perfeccionado y si tan sólo en formación. La medida de desarrollo o consolidación del *derecho que está siendo* puede provocar cierta incidencia sobre el deber o la obligación constituida por la norma, lo que tiene gran importancia cara a la construcción sistemática de la cosa pública.

Las causas del nacimiento de las relaciones jurídicas son: primariamente, la norma jurídica objetiva y, secundariamente, la concreción en un proceso real o vital del supuesto de hecho abstracto normativo; concreción que puede tener lugar, a su vez, a través de un negocio jurídico (*Rechtsgeschäft*) o de un acontecimiento con relevancia jurídica (*Rechtsvorgang*).

Véase T. MAUNZ, op. cit., pp. 67 y ss.

dico) es meramente el volumen o columna de agua correspondiente (la *Wasserwelle*), el movimiento o discurrir del agua, el cauce o ribera o la combinación de todos o algunos de esos elementos. Precisamente lo relevante jurídicamente y lo conceptualmente determinante no aparece para nada en esos elementos físicos. La cosa pública surge sólo desligada de tales elementos, como una realidad jurídica distinta, *cuyo núcleo jurídico radica en la relación de su titular con el ordenamiento jurídico*; es, pues, una específica relación jurídica.

Por ello mismo no es factible construir la cosa pública como cosa en sentido jurídico-privado, aunque peculiarmente estructurada (por ejemplo, según se hace de común, como bien en sentido jurídico-civil con un destino público característico). Pues esa peculiar estructura, debida a este destino, no logra evidentemente diluir el decisivo papel que juega el substrato físico en la formación del concepto jurídico-civil de cosa o bien, es decir, no modifica en nada la condición corpórea o espacial de la cosa o bien (48). No obstante, esta nueva concepción de la cosa pública tendría en común con la tradicional el elemento teleológico del dominio público, pues, si bien éste deja de ser *algo destinado o afectado*, pasa a ser *el destino mismo*.

Los argumentos contrarios a semejante construcción no resultan de entidad suficiente para desacreditarla:

a) Aunque sea cierto que, en el lenguaje usual, con el término «cosa» no se designa una relación jurídica, no lo es menos que, en el orden de la formación de conceptos jurídicos, existe libertad para la conexión de contenidos con denominaciones destinadas a expresar su significación jurídica. MAUNZ cita como ejemplo la consideración por el Derecho Canónico del sacramento (que no hace relación con realidad material alguna) como cosa en sentido jurídico.

b) Es cuestionable la posibilidad de la sistematización de la cosa pública en calidad de relación jurídica desde las exigencias técnicas propias de esta última categoría. Esta es una objeción atinada, pero que remite sólo a la resolución del problema —ya antes aludido en el punto de partida— del aislamiento de normas que constituyan obligaciones y derechos de sujetos, en los que pueda apreciarse la esencia

(48) Sobre la efectiva incidencia de las realidades materiales o físicas en la conformación del concepto cosa o bien en nuestro Derecho, véanse, por todos, los *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo V, vol. I, Ed. Revista de Derecho Privado-EDERSA, Madrid, 1980, pp. 1 y ss.; obra colectiva dirigida por M. ALBADALEJO.

de la cosa pública como nueva categoría; problema a cuya resolución se aplica precisamente el trabajo de MAUNZ.

Frente a estas objeciones es fácil alinear argumentos en favor de la tesis que se viene exponiendo. Según los desarrolla MAUNZ, son los siguientes:

a) La categoría de cosa pública recibe una impronta más acorde con el mundo conceptual del Derecho. Se establece, en efecto, una íntima conexión del Derecho público de cosas con los polos de la ciencia jurídica —el derecho subjetivo y la relación jurídica—, de un lado, y con los goznes del derecho administrativo —la norma jurídica (*Rechssatz*) y el acto administrativo (*Verwaltungsakt*)—, de otro.

b) Se alcanza a cumplir uno de los contenidos esenciales de la ciencia jurídica, la sistematización, al abrirse la posibilidad de la categorización —bajo un tipo único y por relación al contenido jurídico nuclear de todas las cosas públicas— de estas últimas, con independencia de la textura o conformación real o natural de sus substratos o soportes físicos.

c) Más aún —y esto le parece a MAUNZ decisivo—, el entendimiento de la cosa pública como relación jurídica con determinada articulación de derechos y obligaciones entre sujetos, es decir, la conexión de la lucha de las ideas que impregna la cosa pública con la ponderación por la norma jurídica del poder jurídico, permite un muy superior y más preciso análisis y clasificación del básico problema del sentido y la finalidad mismos de la cosa pública. En efecto, la Administración del Estado y los poderes públicos administrativos inferiores pueden ser definidos, ya no —como en la construcción tradicional y aún dominante— desde la idea de *poder*, en concreto de *poder sobre las cosas* (estas últimas en sentido jurídico-civil), y, por tanto, de *señorío* (en sentido jurídico-privado y público), sino más bien desde la de *deber*, en concreto de deber u obligación de creación y mantenimiento de cosas públicas y, consecuentemente, como (las Administraciones) *sujetos obligados* o *Pflichtsubjekte*. Es evidente, añadimos nosotros, la mayor adecuación de esta perspectiva al concepto actual de Estado social, tal como resulta en nuestro Derecho y —principalmente— de los artículos 1.º1, 9.º2 y 53.3 de la vigente Constitución.

Sobre estas bases, MAUNZ afirma que la enorme variedad y heterogeneidad (tanto en su composición como en su régimen jurídico)

de lo que se entiende por dominio público sólo puede reducirse a una categoría única por la vía de la búsqueda y el hallazgo de un sujeto, cuya relación con el ordenamiento jurídico consista en un deber relativo a la cosa pública. De este modo, la categorización de esta última que se pretende sólo es factible concibiendo ésta precisamente como relación jurídica. Y esta concepción, a su vez, representa la liberación del Derecho administrativo de cosas de toda representación sustancial o material, por situada exclusivamente en el plano de la relación con la norma jurídica.

La determinación del sujeto a que antes se hizo referencia no ofrece dificultad alguna: no es otro que aquella Administración pública, cuyo cometido específico consista en el cumplimiento de determinadas prestaciones en favor de la colectividad y, en su caso, también en favor de concretos e individualizados particulares.

La disociación de la teoría de la cosa pública de toda adherencia material o extrajurídica es una pura cuestión de construcción jurídica. Y a ese efecto, es decir, para la construcción de la cosa pública, es básica la distinción entre los dos estadios siguientes: 1) El deber jurídico de la Administración pública respecto del ordenamiento jurídico; y 2) La situación previa o preparatoria de las futuras relaciones de utilización o aprovechamiento de la cosa pública. Las dificultades de la teoría tradicional y aún dominante (derivadas de su sobrevaloración de las realidades extrajurídicas) obedecen precisamente al hecho de su desatención de dichos momentos, centrándose exclusivamente en el que la relación de uso de la cosa pública ya está establecida.

Dicho esto, se produce la afirmación fundamental: la cosa pública consiste en la relación jurídica en sentido estricto que nace en el momento en que la Administración se autovincula por acto propio a la creación y el mantenimiento de una determinada prestación, en aplicación del ordenamiento jurídico que lo prevé y regula así. Lo primario en la cosa pública es, en efecto, el deber jurídico que para la Administración competente surge del referido acto, pues la relación jurídica determinada por dicho deber es, cabalmente, la cosa pública.

Supuesta la existencia de dos tipos básicos de cosas públicas —unas cosas se caracterizan por ser objeto de utilización individualizada mediante el establecimiento de relaciones jurídicas concretas de aprovechamiento entre el titular de la cosa pública y el usuario

de la misma; en otras, por el contrario; sólo se da una utilización general o común, en tanto que la creación y, por tanto, la existencia misma de la cosa pública realizan el efecto pretendido por el titular de ésta con su acto de autovinculación—, lo único común a ambas radica precisamente en la relación jurídica en que se expresa y consiste la cosa pública, diferenciándose seguidamente tanto por lo que hace al contenido mismo del acto administrativo de autovinculación como por lo que respecta al surgimiento o no de ulteriores relaciones jurídicas de uso y aprovechamiento. Quiere decirse, pues, que el elemento característico de todas las cosas públicas es el deber de mantenimiento de las mismas a cargo de la Administración correspondiente. No obsta a este deber y, consecuentemente, a esta construcción la circunstancia de que el deber pueda ser alzado por la propia Administración, ya que la misma concurre en otro tipo de deberes sin que nunca se haya negado a los mismos su condición de tales.

En el segundo tipo de cosas públicas antes expuesto (las de uso general o común) el contenido del deber se agota en ese mantenimiento de la cosa pública (*Halten; Bereithalten*). En el primero (las cosas susceptibles de usos privativos), además de ese deber se da la autovinculación de la Administración a un contenido predeterminado de las futuras relaciones jurídicas de utilización individualizada (esta es la nota distintiva de este tipo de cosas públicas, que se produce con la afectación).

El tránsito desde la primaria relación jurídica en sentido estricto —en la que sólo existe un deber unilateral, con el que no se corresponde derecho subjetivo perfecto alguno por parte de los usuarios, pero que es un deber abierto hacia la creación de derechos y, por tanto, a su concreción en una específica obligación— tiene lugar por intermedio de un proceso de realización efectiva de los distintos elementos integrantes del supuesto de la relación jurídica de utilización de la cosa pública. Por de pronto, con la constitución del deber jurídico de mantenimiento de la cosa pública —en las destinadas a uso privativo, que son las de construcción jurídica más difícil (49)— surgen

(49) En las cosas públicas de uso general o común sólo se produce esta situación de expectativa, sin que la misma llegue a consolidarse nunca en un derecho público subjetivo perfecto a la utilización común de la cosa, por la sencilla razón de que el titular de ésta (la Administración) puede en cualquier momento —de forma incontestable— suprimir la cosa pública (desafectación). Quiere decirse, por tanto, que el usuario de la cosa pública de este tipo está en una situación objetiva o estatutaria respecto de la utilización de la misma.

ya algunos de aquellos elementos, de modo que cabe hablar de una expectativa (*Anwartschaft*) de estricta obligación frente a los usuarios (y de una correlativa expectativa de derechos en éstos) en orden a la efectiva dación en utilización de la cosa pública a los mismos (queda así mejor explicada la situación propia de este estado que en la teoría del reflejo del Derecho objetivo). En el momento en que se cumplen todos los elementos del supuesto propio de una relación jurídica de utilización, surge ya una verdadera relación jurídica en sentido amplio (en la que se corresponden obligaciones y derechos).

La figura jurídica que explica y asegura la evolución desde el momento primero de la relación jurídica unilateral (el puro deber de la Administración) al final de la relación jurídica bilateral de utilización o aprovechamiento de la cosa pública es, en la tesis de MAUNZ, el negocio jurídico marco o *Mantelrechtsgeschäft*. Se trata de una categoría científica con la que se alude al instrumento técnico que define las condiciones jurídicas generales en las que la Administración ofrece públicamente la utilización de la cosa pública. Desde la perspectiva del uso de ésta, por tanto, el fundamento de la relación jurídica en que consiste la cosa pública descansa en la voluntad unilateral del titular de esta última, que es simultáneamente creador de la misma y que —en virtud de la determinación unilateral del contenido sustantivo de las futuras relaciones de utilización o aprovechamiento— también realiza el acto constitutivo de la cosa pública.

El negocio jurídico a través del cual se produce la aludida determinación es —en cuanto acto unilateral— distinto, no se confunde y permanece con independencia de la realización de los múltiples negocios jurídicos concretos que (en aplicación del mismo y sobre su base) se concluyan en orden a la utilización de la cosa pública, y cumple su función propia, a su vez, por intermedio de las figuras de la simple afectación —*Widmung*— y de la reglamentación —*Satzung*— (50). La afectación simple no es sino el acto unilateral y constitutivo, por virtud del cual queda vinculado el soporte físico de la cosa pública al régimen jurídico específico de ésta, de modo que —por intermedio de esta vinculación— resulta definido el estatuto de

(50) Con el término *Satzung*, MAUNZ se refiere a las disposiciones que pueden emanar las Corporaciones públicas territoriales menores en ejercicio de su autonomía y las que puede dictar la Administración del Estado u otras personas jurídico-públicas para la ordenación de algún sector de su acción, como, por ejemplo, las Ordenanzas de aprovechamiento de aguas, las Ordenanzas sobre utilización de cementerios, etc.

todas y cada una de las futuras relaciones jurídicas de utilización de dicha cosa pública. La reglamentación produce el mismo efecto que la afectación simple por acto administrativo, pero se diferencia de ella en que incluye no sólo la vinculación del soporte físico a un preciso destino (en otras palabras, la predeterminación del contenido de una relación jurídica de utilización de la cosa pública; relación que sólo surgirá en razón a un ulterior acto jurídico del usuario de ésta, creador de la misma entre la Administración autora de la reglamentación y dicho usuario), sino también contenidos propiamente normativos inmediatamente eficaces respecto de sus destinatarios sin necesidad de acto alguno de aplicación o sujeción a la reglamentación.

La construcción dogmática hasta aquí desarrollada es complementada por MAUNZ, para una mejor y más clara ilustración, con un análisis secuencial de la cosa pública, cuya evolución reconduce a los tres siguientes momentos sucesivos:

a) *Creación de la cosa pública*

El primer acto relevante es el de creación de la cosa pública, es decir, el de autovinculación de una Administración en orden al establecimiento y subsiguiente mantenimiento de la misma; acto que va conectado o no a un negocio jurídico marco (para la predeterminación del contenido de las futuras relaciones jurídicas de utilización), según que exista o no posibilidad de uso privativo del soporte físico de la cosa pública (51).

b) *Existencia de la cosa pública*

El segundo momento decisivo es la situación generada por el acto de creación, y consiste en la persistencia del deber determinado por este acto en la correspondiente Administración pública.

En esta fase surge una expectativa de obligación a cargo de esta Administración de admitir la utilización de la cosa pública (expectativa derivada de la concreción parcial del supuesto previsto en la norma reguladora de esta última y de su uso), con la que se corres-

(51) La relación jurídica en que consiste la cosa pública no se identifica con la relación jurídica de utilización de ésta. En otro caso, con cada nueva utilización habría de crearse una nueva cosa pública. Esta permanece invariable cualquiera que sea la suerte que corran los usos privativos establecidos. La utilización de la cosa pública supone tan sólo el hacer uso de la situación peculiar surgida por razón del acto de creación de la cosa pública. Vid. T. MAUNZ, *op. cit.*, páginas 224 *in fine* y 225.

ponde una expectativa (nunca un derecho perfecto) de derecho en favor de los potenciales usuarios al uso efectivo de dicha cosa pública.

c) *Utilización de la cosa pública*

El tercer momento principal es el de la constitución de una relación jurídica de utilización de la cosa pública; constitución de la que resulta la existencia, la vida y la extinción de dicha relación.

Dado que la relación jurídica de utilización no tiene por objeto el establecimiento de una obligación de un determinado hacer, antes bien, implica ese hacer, ese comportamiento, debe calificarse la relación de utilización como relación de carácter real. Este carácter real hace que de la relación jurídica de utilización dimanen para el usuario acciones del mismo carácter, lo que acerca esta construcción a la teoría civil de las obligaciones reales.

La calificación que queda hecha de la relación jurídica de utilización tiene dos consecuencias importantes. En primer término, y en caso de negación del uso, no es posible remisión alguna —en concepto de negocio causal— a una relación jurídica de carácter obligacional para exigir el otorgamiento del uso. En segundo término, y de quedar constituida la relación de utilización, a los derechos y las obligaciones de ella dimanantes debe reconocérseles, a su vez, carácter real.

La construcción de T. MAUNZ, así expuesta en sus líneas maestras, constituye el esfuerzo de mayor profundidad y rigor hasta ahora realizado cara al logro de una teoría general del dominio público estrictamente jurídico-pública o administrativa. La comprobación elemental sobre la que ese esfuerzo se asienta es la —común ya en el Derecho alemán— diferencia radical entre cosa en sentido jurídico-civil y cosa en sentido jurídico-público. Ciertamente que el dominio público se aparece primariamente como un objeto del Derecho, equiparable a cualquier otra parte del mundo natural o extrajurídico. Pero, si bien esa objetivación conduce en Derecho civil al concepto de cosa —concepto que alude a la posibilidad de una delimitación real, identificada con la cualidad de apropiabilidad, llegándose así a la cosa como sustancia—, no sucede lo mismo en Derecho administrativo. Como sin vacilación sostienen los autores alemanes (52), para el De-

(52) H. J. WOLFF y O. BACHOF: *Verwaltungsrecht*, I, Ed. C. H. Beck, München, 1974, 9.ª ed., p. 485.

recho público es inservible el concepto jurídico-civil de cosa, puesto que en él los objetos no requieren el dato de la corporeidad (de ahí que en Derecho administrativo el espacio aéreo, la electricidad, etcétera, sean cosas, aun faltándoles la mensurabilidad en términos de apropiabilidad). La razón estriba en que para este último Derecho se trata más bien del aseguramiento y la garantía de funciones públicas y de su objeto (cosa en sentido jurídico-público), procurándose a tal fin una exención parcial de las cosas materiales del orden jurídico-privado en otro caso vigente, y su sumisión a un régimen exorbitante o especial de disfrute y disposición. En definitiva, el objeto del Derecho es ahora la función pública misma, apareciendo las cosas en sentido jurídico-privado como meros medios instrumentales para el cumplimiento de la misma.

Este punto absolutamente crucial de la diferenciación entre cosas en sentido jurídico-civil y jurídico-público revela la superioridad de la teoría dualista germano-occidental sobre la monista imperante en Francia y entre nosotros. Tanto más cuanto que, además, no precisa negar la cosa en sentido jurídico-civil. Antes bien, la afirma, sólo que sitúa correctamente su posición en el ámbito del Derecho administrativo: cuando dicha cosa pasa a quedar conectada con el interés público (en grado suficiente de intensidad), resulta colocada en una situación de instrumentalidad respecto a la función pública correspondiente, exigente de la modulación de su tráfico jurídico. Esto sucede y se admite con normalidad en otras instituciones (contratos, actos, responsabilidad), por lo que no existe razón para que no ocurra también en el de las cosas o bienes. Consecuentemente, la dualista no es incompatible con la afirmación básica de la tesis monista: sobre las cosas o bienes (en particular los dominiales) recaen derechos reales, incluso el de propiedad; ocurre tan sólo que, en el supuesto del dominio público, dichos derechos quedan sometidos a un régimen jurídico-público.

La expuesta superioridad de la teoría dualista radica en que no sólo resuelve los supuestos que soluciona adecuadamente la monista, sino también aquellos para los que ésta no tiene respuesta. Más aún, explica satisfactoriamente los casos verdaderamente límites, como los siguientes:

— Las llamadas pseudoexpropiaciones de bienes dominiales, difícilmente encuadrables en la construcción monista. Desde la nueva

perspectiva desaparece toda dificultad, al ser claro que en tales supuestos no existe contradicción entre un interés público (cosa pública) y una propiedad (cosa jurídico-civil), sino más bien colisión entre los intereses incorporados a dos funciones públicas, que ha de resolverse como tal conflicto entre intereses públicos. Es el caso previsto en los artículos 45 a 49, ambos inclusive, del Reglamento de Montes aprobado por Decreto 485/1962, de 22 de febrero, por más que en el mismo se hable de expropiación, dada la singularidad de los montes públicos y, en concreto, de los catalogados.

Resuelta la colisión entre intereses públicos dando primacía a uno de ellos, el bien (la cosa) dominial sigue la suerte correspondiente (se producirá o no cambio en su titularidad en función de si el interés predominante está o no asignado a Administración distinta, quedando claro que lo que hay es, en definitiva, una mutación dominial compleja). Queda acreditada, así, la condición puramente instrumental del bien o cosa en sentido jurídico-privado, que es únicamente el soporte físico del régimen dominial.

— Las subrogaciones reales en el supuesto de alteración de la configuración de los bienes dominiales, como la prevista en el artículo 47.3 del Reglamento de Gestión Urbanística de la vigente Ley del Suelo. De nuevo aquí se pone de evidencia la instrumentalidad de la cosa en sentido jurídico-civil y de su titularidad.

La prueba definitiva de cuanto se viene diciendo la suministra el propio Derecho positivo, por cuanto responde desde luego a la consideración del dominio público, como técnica justificativa de una intervención más intensa del poder público administrativo, justificada en la necesidad de asegurar el efectivo cumplimiento —en términos instrumentales— por las cosas o los bienes (en sentido jurídico-civil) precisos de un fin (uso o servicio) público querido por el Derecho. En efecto:

a) Si el aseguramiento de la servicialidad de las cosas o los bienes a ese fin público puede producirse sin necesidad del sacrificio de su situación en el tráfico jurídico-privado, basta —conforme al ordenamiento en vigor, y según acredita el artículo 33.2 de la Constitución y numerosa legislación ordinaria (la urbanística, la de costas, la de carreteras, etc.), bien con la delimitación jurídico-pública del contenido de los derechos reales, bien con la limitación del mismo o la imposición de servidumbres.

b) En otro caso, es decir, en el de insuficiencia de las técnicas anteriores, por la ineludible necesidad de una más íntima conexión de las cosas o bienes con el fin público (conexión incompatible con la pervivencia de la disponibilidad de dichos bienes por un particular), el título que representa el dominio público justifica una mayor intervención pública hasta el grado de la total exclusión de la propiedad privada. Ahora bien, esta exclusión no es siempre y en todos los casos necesaria, como demuestran sin más los regímenes jurídicos de las minas y las aguas. De ahí precisamente la gradación o escala de la dominialidad, admitida desde su formulación por L. DUGUIT (53).

En resolución, pues, cabe afirmar que el dominio público es, simultáneamente:

— Una técnica de atribución de títulos causales de intervención del poder público administrativo.

— Un régimen jurídico exorbitante para la exención (en lo necesario) del orden jurídico-civil ordinario, a fin de proteger la función pública correspondiente; régimen jurídico que afecta a las cosas o los bienes en sentido jurídico-civil instrumentalmente precisos como soporte del ejercicio de la función pública. La razón de la indicada exención radica exclusivamente en la indispensable extracción de dichas cosas del tráfico jurídico ordinario o común.

Inmediatamente ha de precisarse, sin embargo, que, sin perjuicio de que la tesis dualista deba considerarse la correcta (y la única que permite una teoría general jurídico-pública del demanio coherente) en punto a la naturaleza jurídica del dominio público, no parece posible afirmar lo mismo por lo que hace a la construcción del ensamblaje entre cosa en sentido jurídico-privado y cosa pública. Esa construcción se realiza en Alemania a través de la figura del gravamen de la primera con una servidumbre jurídico-pública; servidumbre que, conforme a H. J. PAPIER (54), tiene por contenido las necesarias facultades de utilización o aprovechamiento de la cosa y obligaciones de mantenimiento o conservación de la misma, de un lado, y por efecto, de otro, el desplazamiento (la compresión) de las facultades dominicales del orden civil por las jurídico-públicas antes aludidas.

(53) L. DUGUIT: *Traité de droit constitutionnel*, 3.^a ed., tomo III, pp. 344 y siguientes.

(54) H. J. PAPIER, *op. cit.*, véase nota 32.

Esta construcción parece, desde luego, sobremanera alambicada y, además, contradictoria con la propia tesis dualista, pues la incidencia que sobre las cosas jurídico-civiles representa la cosa pública debe lógicamente montarse con técnicas jurídico-públicas y no jurídico-privadas.

A nuestro juicio, la explicación es mucho más sencilla. El eslabón constructivo que se busca no es otro que el de la técnica estatutaria, ya plenamente admitida en el ámbito del Derecho urbanístico. Por virtud del régimen dominial, las cosas en sentido jurídico-civil quedan sujetas al mismo en términos de su estatuto legal propio, que desplaza al ordinario o común. Ocurre que esa sujeción, cuando se produce respecto de bienes aún en el tráfico jurídico-privado, supone una tal incidencia sobre el derecho de propiedad (respecto al estatuto común del mismo), que rompe el contenido esencial de este derecho, lesiona o sacrifica y no modula el dominio privado sobre los bienes; es decir, no representa su delimitación, sino su limitación drástica y, en su caso, su sacrificio estricto. Quiere decirse que para la efectividad del estatuto de la dominialidad, para su real implantación respecto de determinadas cosas o bienes será precisa en tales supuestos la alteración de la titularidad subjetiva de dichos bienes, puesto que el particular no tiene el deber jurídico de soportar tan radical cambio de estatuto; alteración que supone la expropiación total o parcial.

Se llega así, finalmente, a la utilidad de la construcción de T. MAUNZ para la dogmatización jurídico-pública del dominio público. La cosa pública no es sino la relación jurídica específica, constituida por el ordenamiento jurídico, consistente en un deber de la Administración pública de establecer y mantener en determinadas condiciones una precisa prestación (función pública); prestación cuya realización requiere, entre otros extremos, un soporte físico, una cosa o un bien en sentido jurídico-privado (que tiene la condición de simple medio con relación al fin público involucrado), que —en virtud de su conexión con este último y la correspondiente función pública— queda sustraído al orden jurídico-privado ordinario de los bienes (pudiendo decirse que éste queda en suspenso en tanto subsista dicha conexión) y sujeto al régimen jurídico regulador de la función pública de que se trata (lo que no obsta a la existencia, además, de un régimen general jurídico-público de los bienes en esta situación, asimismo

aplicable y justificado en la necesidad de asegurar un sistema único de conexión del bien con el fin público, como hoy determina, desde luego, el artículo 132.1 de la Constitución).

IV. LA AFECTACIÓN COMO PIEZA CLAVE DEL DOMINIO PÚBLICO

El mecanismo específico por virtud del cual la cosa en sentido jurídico-civil pasa a quedar sujeta al estatuto o régimen jurídico-público propio de la dominialidad es la afectación. De ahí que, como pone de relieve la magistral construcción de T. MAUNZ y es observación común en nuestra propia doctrina (55), esta figura debe considerarse clave en la teoría general del dominio público.

La afectación es, en efecto, la *consecratio*, *dicatio* o *publicatio* romanas, el instrumento que determina el momento y asegura el mantenimiento de la real conexión de todas y cada una de las concretas y específicas cosas en sentido jurídico-civil a un determinado destino público, para cuya salvaguardia tiene lugar precisamente la aplicación del estatuto dominial. Es una especie de la categoría jurídica de la *vinculación*, elaborada fundamentalmente en el Derecho italiano y entre nosotros por M. BASSOLS COMA y R. GÓMEZ-FERRER (56).

La vinculación no es una institución nueva, sino de gran tradición histórica. Según G. DE AZCÁRATE (57), su esencia consistía, históricamente, en «inmovilizar la propiedad sacándola de la libre circulación y determinando para ella una sucesión fija y permanente». Aparecen ya en esta caracterización las dos notas de la inalienabilidad y el orden de sucesión prefijado. Aunque la evidente incompatibilidad de la institución con los postulados liberales determinó su práctica desaparición en la legislación civil, debe señalarse que su presencia ha continuado sin solución alguna en el Derecho administrativo (así, en la legislación de fomento de la construcción: Decreto-ley de 10 de octubre de 1924 sobre casas baratas, la Ley de 19 de abril de 1939, el

(55) La afectación es una figura central (E. GARCÍA DE ENTERRÍA), medular (F. GARRIDO FALLA) o, en todo caso, básica (J. L. VILLAR PALASÍ, M. CLAVERO, M. BALLBE, SÁNCHEZ BLANCO). Véase cita de estas opiniones y por todos M. SÁNCHEZ BLANCO. *La afectación de bienes al dominio público*, Sevilla, Inst. García Oviedo, 1979, 403 pp.

(56) M. BASSOLS COMA y R. GÓMEZ FERRER y MORANT: *La vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos*, Ed. IEA, Madrid, 1978, pp. 51 y siguientes.

(57) G. DE AZCÁRATE: *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad y su estado actual en Europa*, tomo II, Madrid, 1880, p. 220; cit. por M. BASSOLS y R. GÓMEZ-FERRER, op. cit., p. 54.

Decreto de 31 de marzo de 1944; la legislación actual sobre viviendas de interés social y de protección oficial, que emplea la figura equivalente de la calificación). Hoy, en efecto, es usual en dicho Derecho la técnica de la calificación y la descalificación: el caso más característico es el de la legislación urbanística (los artículos 58.1 y 87.1 de la vigente Ley del Suelo utilizan la expresión «calificación urbanística» para significar la vinculación del suelo a un determinado estatuto del derecho de propiedad).

Como categoría jurídica actual, la vinculación puede conceptualizarse de instrumento de sujeción o sumisión de una cosa o un bien a un determinado régimen jurídico con vistas a un preciso fin. Es, en definitiva, la técnica para asegurar un *status subjectionis*. Y la afectación no es, a su vez, más que una especie de esa categoría, consistente en la destinación de un bien a un uso o servicio públicos (expresando, así, el elemento teleológico del dominio público), en términos —como ha señalado G. ARIÑO (58)— de vinculación real. Por ello mismo, es la figura caracterizadora en último término de este dominio. En este sentido H. J. PAPIER (59) sostiene que la función general o colectiva y la puesta en uso o en servicio públicos de un bien no hacen de éste por sí solas parte del dominio público, pues hace falta el establecimiento de un *status* jurídico-público para dicho bien (establecimiento comúnmente denominado *Widmung*), sea por ley, sea por costumbre o acto administrativo.

En definitiva, la afectación expresa la imperatividad de la sujeción del bien a un destino público; sujeción al servicio de cuya efectividad está el correspondiente régimen jurídico exorbitante. Este régimen puede y debe ser único para todos los bienes, no obstante la heterogeneidad de éstos y también de los regímenes propios de las funciones públicas a las que los mismos deben servir de soporte; esta es, desde luego, la solución tradicional en nuestro Derecho, y que nuestra Constitución, en su artículo 132, ha venido a consagrar. De ahí que sea el criterio definitorio del dominio público, pues unifica esta institución, no obstante la heterogeneidad de los titulares, de los bienes y de los destinos. Del régimen jurídico exorbitante, que —a su vez— también es heterogéneo, lo único común es precisamente su misma exorbitancia, la inaplicación del régimen común de los

(58) G. ARIÑO ORTIZ: *La afectación de bienes al servicio público*, Ed. ENAP, Madrid, 1973, p. 42.

(59) H. J. PAPIER, *op. cit.*, p. 17.

bienes que comporta. Dada la instrumentalidad del bien concreto respecto de la función pública correspondiente, a dicho bien son de aplicación las prerrogativas inherentes a esta última.

Desde otro punto de vista, la afectación es una decisión del poder público, el ejercicio de una potestad, cuya consecuencia es la inclusión de determinados bienes en una categoría legal y la lógica aplicación del régimen jurídico propio de ésta. Desde esta perspectiva, la competencia para dicha decisión es objeto de distribución en función de su importancia:

— En algún caso, es adoptada directamente por la Constitución (artículo 132.2).

— Para otros supuestos, normalmente para la llamada por J. L. VILLAR PALASÍ afectación genérica (la del dominio natural), la decisión se refiere al legislador. Así la remisión a la ley que realiza el artículo 132.2 del texto constitucional.

— En el resto de los supuestos, la competencia queda atribuida a la Administración pública en aplicación de la ley. Aunque la afectación se materialice por simple acto administrativo, éste tiene efectos generales por cuanto supone la clasificación jurídica del bien correspondiente.

Atendiendo a la formalización de la afectación, ésta puede ser expresa (como prevén los artículos 116.1 de la Ley del Patrimonio del Estado y 8.1 y 2 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales), tácita o implícita (forma contemplada en los artículos 92 y 119 de la Ley del Patrimonio del Estado y 8.3 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales) o presunta (contemplada por el artículo 8.4 de este último Reglamento).

Como es obvio, si la afectación supone una vinculación, la desafectación (60) implica una desvinculación, como resulta desde luego de los artículos 341 del Código civil, 1.1 de la Ley del Patrimonio del Estado y 5 y 8.5 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales. Se trata de figuras simétricas, por lo que la desafectación está sujeta al principio del *contrarius actus* y puede ser en su caso, lógicamente, expresa, tácita o presunta, con la sola particularidad del llamado dominio público natural (en el que cabe la desafectación por simple degradación o desnaturalización, lo que no constituye propiamente

(60) En este sentido, con precisiones sobre la doctrina mayoritaria, J. M. SALA ARQUER: *La desafectación de los bienes de dominio público*, Ed. INAP, Madrid, 1980, pp. 13 a 20.

una excepción, pues sucedè únicamente que —en realidad— el bien correspondiente deja de ser subsumible en la clasificación legal).

Para finalizar esta breve caracterización de la afectación, baste decir que entre el inicio y el cese de la misma tienen lugar los fenómenos de mutación demanial, que no son otra cosa que cambios en el estatuto específico al que está sujeto el bien de que se trate por razón del fin público tomado en consideración, pero sin solución de continuidad en la afección de dicho bien por el título de intervención pública en que consiste la cosa o dominio públicos. La mutación puede revestir las siguientes formas:

a) Cambio de sujetos, que se da en los supuestos de alteración de términos municipales y fusión de municipios, pero también en los de alteración de la distribución de competencias (el caso prototípico hoy es el de la descentralización autonómica).

En esta hipótesis se da sencillamente un fenómeno de sucesión de sujetos públicos, como con toda corrección ha venido a señalar la Sentencia del Tribunal Constitucional número 58/1982, de 27 de julio («BOE» núm. 197, del 18 de agosto de 1982), al sostener la constitucionalidad de la ley catalana reguladora del patrimonio de la Generalidad, impugnada por el Gobierno de la Nación, en punto a la previsión por la misma de la desafectación y la mutación dominial de bienes de este carácter transferidos por el Estado. La Sentencia señala, en efecto, que:

«En el caso de las transferencias del Estado a la Generalidad, éstas se producen, por el contrario, como consecuencia del traspaso del servicio a los que los bienes (que de otra forma no hubieran podido ser cedidos sin una previa desafectación) estaban afectados. No se trata, por tanto, en rigor, de una cesión, sino de una sucesión parcial en el ejercicio de las funciones públicas entre dos entes de esta naturaleza. Las Comunidades Autónomas no son entes preexistentes a los que el Estado ceda bienes propios, sino entes de nueva creación que sólo alcanzan existencia real en la medida en que el Estado se reestructura sustrayendo a sus instituciones centrales parte de sus competencias para atribuir las a estos entes territoriales y les transfiere, con ellas, los medios personales y reales necesarios para ejercerlas. El Estado, como

conjunto de las instituciones centrales, pierde las facultades que las Comunidades Autónomas ganan y las transferencias de recursos de todo género, y en concreto, de bienes inmuebles de aquél a éstas no es, en consecuencia, producto de una cesión, sino, como antes decimos, consecuencia obligada de una sucesión.»

Debe resaltarse cómo esta Sentencia afirma la accesoriedad de los bienes dominiales respecto de las competencias o facultades públicas, en términos de relación de medios afines, de modo que los primeros siguen la suerte de los segundos.

Esta forma de mutación vuelve a acreditar la corrección de la tesis dualista: lo principal es la función pública y no el soporte que a la misma presta la cosa en sentido jurídico-civil (y el derecho que se ostente sobre la misma). Transferida la función, el bien que la sirve y la titularidad del derecho sobre la misma siguen la suerte de la transferencia. La relación de instrumentalidad que une la cosa pública y la cosa en sentido jurídico-civil hacen de ésta algo accesorio respecto de la primera.

b) La pseudoexpropiación o colisión de dos o más intereses públicos exigentes de afectaciones diversas e, incluso, contrapuestas; supuesto al que ya nos hemos referido. Aquí no hay verdadera expropiación en el sentido del artículo 1.º de la Ley de Expropiación Forzosa, sino tan sólo mutación dominial por cambio de afectación (inducida por la prevalencia de una función pública sobre otra).

c) La imposición de afectaciones secundarias, posible por la compatibilidad del servicio por el bien, en calidad de soporte físico, a dos o más fines (y, por tanto, funciones) públicos; supuesto de mutación que contribuye igualmente a corroborar la construcción aquí sostenida y esbozada en sus líneas fundamentales.